BIBLIOTECA
MANNA
298

HUGONIS DONELLI

OPERA OMNIA

TOMUS DECIMUS.

HUGONIS

DONELLI

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS

OPERA OMNIA

TOMUS DECIMUS

ET

COMMENTARIORUM IN SELECTOS QUOSDAM TITULOS DIGESTORUM

VOLUMEN PRIMUM

ACCEDUNT CASTIGATIONES THEOLOGICÆ.

FLORENTIÆ
AD SIGNUM CLIUS
MDCCCXLVII.

SPICILEGIUM

OBSERVATIONUM VITAM HUGONIS DONELLI

MAGNI QUONDAM JURISCONSULTI ILLUSTRANTIUM

AD ORATIONEM

SCIPIONIS GENTILIS

IN FUNERE EJUS HABITAM ACCOMODATUM;

AUCTORE

CAROLO SEBASTIANO FEIDLER

IMPERIALIS JUDICII FORESTALIS ET MELLICIDARUM NORIMBERGENSIS ASSESSORE ET CANCELLARIÆ REIPUBLICÆ NORICÆ SECRETARIO.

Nemo potest negare, incomparabilis et in elegantiori jurisprudentia versatissimi olim Jurisconsulti HUGONIS DONELLI præclara opera colligi et in unum corpus redigi jam dudum meruisse; sed tamen plus quam centum et sexaginta annorum tempus elapsum est, quo nemo qui de ea re, utilissima, sane et multis exoptata, serio cogitaret, inventus est. Quare est quod omnes in litteria republica versantes, praesertim Ordo Jurisconsultorum; et sibi, et industrio, solertique viro D. Joanni Riccomini, Lucensi typographo ac bibliopolae percelebri gratulentur de hac incomparabili Donellianorum Operum editione, qua ille praestantissimorum virorum consilio usus et jurisprudentiae sectatoribus plurimum commodi attulit, et arti, officinaeque suae non levem gloriam paravit, et Hugoni Donello perenne monumentum erexit. Simile Donello hac in re fatum est cum DESIDERIO ERASMO Roterodamo, cui urbs Roterodamensis multo post mortem statuam posuit, quemque JOHANNES CLERICUS colligendis omnibus ejus operibus et Lugduni Batavorum, anno 1703 decem Tomis edendis, insigniter honoravit. Hanc doctrinae commendatio tenet praerogativam, ut post saecula adhuc germinet, et quasi de novo ex cinere proveniat. Nemo fortasse majus gaudium, ob institutum hoc laudabile, quam ego habuit, cum scriptorum Donellianorum non solum aestimator sim singularis, sed et per viginti annorum spatium in colligendis elaborandisque vitae curriculis clarorum JC. qui in inclyta Univ. Altdorffina Norimbergensium docuerunt, (et inter quos DONELLUS unus ex tribus maximis ornamentis jure meritoque vocari potest) horis subsecivis sim occupatus.

Optassem sane ut de edendis Donelli operibus notitiam statim et ante accepissem, quam Tomus I. elegantissimae editionis Lucensis lucem vidit; propterea quod nonnulla ad vitam ejus ibi descriptam pertinentia, communicare cum cl. Editore mature potuissem. Sed cum factum infectum fieri nequeat, ideo in praesentiarum lectoribus a me proponuntur, quae per multum tempus in variis eruditorum scriniis inveni. Felix quidem DONELLUS fuit, quod praestantissimum in funere oratorem, qui modo optari poterat, habuit. Charissimus enim SCIPIO GENTILIS per plures annos Donello erat amicissimus, et postea Collega, qui ex perpetua cum illo consuetudine omnes fortasse in vita ejus vicissitudines compererat. Observavit etiam SCIPIO GENTILIS debitam erga DONELLUM amicitiam, fidelissime post ejus obitum. Magna quippe diligentia *Commentarios juris civilis*, qui Donello in deliciis erant, edidit, et ferme plura in his praestitit, quam quod tutor in amici sui liberis praestare potest. Omnia in parentatione dixit laude digna, quae ab amico et honesto viro praedicari possunt; et elogia Donello attributa, tanto majus habent pondus eique honori sunt, quanto certius est, ex ore laudatissimi magnique viri illa profluxisse. Quemadmodum autem SCIPIO GENTILIS illa occasione plura, ex animi quodam affectu quem Donelli mors in eo excitaverat, peroravit, quam eo consilio ut accuratissimam describeret biographiam; ita etiam nonnulla omisit quae notatu digna sunt, et ab historiae litterariae cultoribus avide leguntur. Supplere illa statuit incomparabilis Dn. BUDERI diligentia, qui *diversorum Jurisconsultorum vitarum collectione optime meritus est.* Hincque, jure meritoque D. Riccomini orationem Scipionis Gentilis *Notis* D. Buderi illustratam Tomo primo praemittendam censuit. Quamvis autem Dn. BUDERUS laudabilem praestiterit diligentiam, attamen spicilegium non contemnendum restat, quod ex actis et documentis tum inclytae Universitatis Altdorffinae, tum illustris Reipublicae Norimbergensis (quae magnos omni tempore eruditos pluris aestimavit, et Donellum in illius et sui honorem amavit), omni cura collegi. Commodissimum quidem locus his annotationibus sub textu orationis SCIPIONIS GENTILIS fuisset; quia vero nunc praetermissa est occasio, separatim lectoribus nunc traduntur. Nihil amplius quod moneam habeo, nisi quod in lectione mearum observationum oratio GENTILIS perpetuo adhibenda sit, quia illae sine hac collatione non semper perspicue apparent. Caeterum in votis habeo, ut operae meae vitam Donelli illustrantes cultoribus historiae litterariae, praesertim vero Jurisconsultis qui Donellum mecum aestimant, gratae sint et acceptae.

Vale lector benevole, et conatibus meis fave. Dabam Norimbergae, d. 16. Augusti Anno Christi 1765.

§. I.

Non quidem magni est momenti, ab his tamen qui debita diligentia in foro litterario versantur non negligendum, quod ab initio observandum esse existimamus, *orationem SCIPIONIS GENTILIS in funus Hugonis Donelli*, statim postquam habita fuit, typis traditam esse, et anno 1591 Altdorffii in 4°. in dias luminis auras exiisse. Repetitam autem editionem ibidem 1641 in 4°. impressam habemus.

§. II.

Non minus utile quam jucundum porro erit rei litteriae et biographicae amatoribus, catalogum eorum hic subjungere, qui Donelli vitam, non quidem omnes eodem studio et diligentia, attamen ea descripserunt intentione, ut merita hujus praestantissimi JCti, pro suo fine, clariora redderent. Secundum ordinem vero temporis, sequentem

in modum se invicem excipiunt; 1) CASPARUS PAUMGARTNERUS in oratione quae inscripta est: *Anniversaria in honorem D. Hugonis Donelli, Altorphii*, 1591. 4°. 2) *ICONES, elogia ac vitæ Professorum Lugdunensium apud Batavos, fol.* 34. 3) *GE. MATTHIAS KOENIG in biblioth. vet. et nov. p.* 357. 4.) *MAGN. DAN. OMEISIUS in glor. Acad. Alt. p.* 44. *et* 162. 5) *PAUL. FREHERUS in theatro virorum eruditione clarorum p.* 924. 6) *PETR. BAYLIUS in dictionario* sub voce *Doneau* 7) *NIC. HIERON. GUNDLINGII relatio de Hug. Donelli vita et scriptis*, in Bibliotheca nova P. XXIV. p. 279, et in ejusdem collectione parvorum opusculorum Germanicorum p. 253. 8) *Ant. Tessier dans les éloges des hommes savans, tirés de l'histoire M. de THOU, Tom. IV. p.* 144. 9) *D. GE. FRID. DEINLINI annotationes ad vitam et scripta Hug. Donelli*, in Franconicis Actis eruditis et curiosis, P. XVII. *d.* 394. 10) *IOH. DAV. KOEHLERI monetales deliciæ historicæ Tom. VII. p.* 385. 11.) *NICERON dans les memoires, Tom. XXXIII. p.* 359. 12) *Les vies des plus célèbres Jurisconsultes de toutes les Nations, tant anciens que modernes, par M. TAISAND, p.* 170. *seqq. et* 13) *GE. ANDR. MILLIUS in lexico Eruditorum Norimbergensium, Tom. I. p.* 283.

§. III.

Quod et aliis praestantissimis viris jam saepe accidit, ut non defecerint subinde qui tempus nativitatis eorum diverso ab aliis modo annotantes, dubio quodam illud involverent, id et in DONELLO nostro factum est. Licet enim omnes qui hujus viri mentionem faciunt, in determinando nativitatis anno 1527 consentiant; unicus tamen C. PAUMGARTNERUS, in oratione antea citata, narrat DONELLUM anno supra sesquimillesimum vigesimo tertio esse prognatum. Sed in hac anni constitutione tanto certius errorem commisit, quanto evidentius in monumento sepulcrali adhuc in templo Altdorffino extante, et cui tamquam publico documento major fides est tribuenda, apparet DONELLUM annos aetatis sexaginta quatuor complevisse, quae computatio anno natali 1527 et mortuali 1591 respondet.

§. IV.

Primum errorem quem *Paumgartnerus* c. l. circa tempus nativitatis DONELLI commissit, excepit alter. Non enim vicesimo tertio nondum exacto aetatis suae anno DONELLUS lauream Doctoralem jure suo assumsit sibi, uti PAUMGARTNERUS existimat, sed cum annum vigesimum quartum ageret hoc factum esse, extra omnem dubitationem positum credimus.

§. V.

Quod SCIPIO GENTILES narrat de fundamentis religionis, ut ille ait, jactis in animum DONELLI nostri adhuc adolescentuli a sorore; id secundum narrationem PAUMGARTNERII c. l. contigit anno aetatis ejus duodecimo. Idem ille PAUMGARTNERUS et ERASMI scripta, praesertim ejus *militem Christianum* et *Colloquia*, cum DONELLO a sorore communicata fuisse observavit. Et ne quid desit quod ad DONELLI religionem spectat, addimus illum a JO. HENR. BOCRISIO in *diss.* 1. *de doctis apostatis pag.* 18. in horum numerum referri, quia sic dictae Reformatae religionis partes sequutus est.

§. VI.

Non extra dubitationem est quod GENTILIS in citata oratione affirmat, BARONEM JCtum (qui a. 1550 mortuus esse dicitur), DONELLI collegam

fuisse. In utramque partem de hac re disputavit GUNDLINGIUS *in vita Donelli* §. *V.* add. *Acta Franconica P. XVII. p.* 399. *seqq.*; sed nihil certi ab utroque auctore definitur. Illis interim JCtis quos GENTILIS DONELLO collegas dedit, PAUMGARTNERUS c. l. ANTONIUM CONTIUM, CONANUM et FRANCISCUM BALDUINUM; et *Acta Franc.* c. l. *p.* 401, JOHANNEM MERCERIUM, reliquorum societate nomina non indigna addunt.

§. VII.

DONELLUM Biturigibus expulsum, Aureliae quoque docuisse jura, perhibet quidem *Programma funebre*, sub rectoratu EDONIS HULDERICI, Altdorffii scriptum, et veteri editioni Opusculorum postumorum Donelli insertum p. 481; sed haec traditio caret probatione. Nec GENTILIS, cujus diligentiam hanc memorabilem vitæ Donellianae vicissitudinem effugisse vix credendum est, nec reliqui etiam Auctores hujus rei mentionem faciunt. Hoc autem certum, eum ad tempus, ex Biturigibus ad Sacrocaesareum (Sancerre) securitatis caussa profectum esse, quod PAUMGARTNERUS *in Anniv.* memorat. Vide et notam BUDERI 10. p. 9. editionis hujus Tomo I.

§. VIII.

Stationem Heidelbergensem DONELLO non displicuisse, documento est tempus sex annorum cum dimidio, per quod ibi Professoris munus tenuit, teste PAUMGARTNERO c. l.

§. IX.

Conferri merentur ad notam 16. cl. BUDERI p. 9. supra, Tomo I. hujus editionis, ea quae PETR. BURMANNUS habet *in sylloge epistolarum a viris illustribus scriptarum, Tomo I. p.* 45. in nota ad epistolam J. LIPSII ad THEOD. LECUWIUM.

§. X.

Lectoribus non injucundum fore spero, et ea scire quae famigeratissimus ille JUST. LIPSIUS de abitu DONELLI senserit et amicis suis exposuerit. Anno 1582, P. EGMONDO, EVERARDO POLLIONI et PAULO BUSIO, Donellum abitum suum parare, nuntiavit, in cit. BURMANNI *sylloge Tom. I. p.* 57. 119. 124. anno 1584. ad ANDR. DUDITHIUM, in LIPSII *Cent. III. misc. epist. p. m.* 107. sequentia scribit: *Donellus Iurisc. amice te resalutat, quem Norici abstrahere conati a nobis ad Altorfianam Accademiam, frustra. Manet enim, mansurusque est, quamdiu hæc schola.* Anno 1585, JANO DOUSÆ in BURMANNI *sylloge T. I. p.* 218 haec narrat: *De abitu Donelli scripseram nuper; mentitus sum: rescribo, manet mansurusque est. Ita ligant hominem pallentia illa vincula. Tres menses jam insumpti in missione petenda, in converrando, in navi conducenda, tamen manet. Qui potest? inquies, et quae tricae? tu extrica, nam nos omnes haeremus; nisi quod artes illae ibant ad alteram tereentorum adjectiunculam, si magistratui ita visum fuisset. At illi Batava hic nimis aure.* Tandem anno 1587 in LIPSII *cit. Cent. III. p. m.* 149. his verbis ad PAUL. MELISSUM, Donelli abitum congemuit: *justitia minatur; cujus (hoc quidem loco) præses abit et deserit Donellus, non sponte; missus enim est a Scholarchis, caussis quas non dicam.*

§. XI.

Pluribus conatibus per plures annos opus fuit, ad Donellum ex oris Batavis in Academiam Altdorffinam evocandum. Jam enim ab anno 1582, mutuum

commercium epistolicum inter Norimbergenses Scholarchas, Vice-Cancellarium Senatumque Academicum Altdorfinum, et Hugonem Donellum vocationis caussa incepisse, manuscripta originalia hic loci bene asservata nos docuerunt. Præcipue, primæ vocationis literæ notabiles sunt, nomine Dominorum Scholarcharum Norimbergensium Donello missæ; « S. D. Clarissime et Eximie Vir. Non dubitamus T. Præstant. ex aliis audivisse de institutione et incremento Academiæ Altdorfianæ, quæ sane, quemadmodum non exiguis sumptibus inchoata, et hactenus sustentata est; ita ab amplissimo Senatu Reipub. nostræ nobis demandatum est ut ea, quantum fieri potest, omnibus necessariis rebus instructa conservetur et ornetur. Cum autem inter præcipua ornamenta, viri eximia doctrina et eruditione præditi merito numerandi sint, inter quos, propter celebritatem nominis tui, te recte honoris caussa nominamus, nihil gratius nobis accidere posset, quam ut tua præsentia hanc nostram Academiam ornare et celebriorem efficere posset. Hoc ideo scribimus, quoniam nobis indicatum est ab hominibus fide dignis, tuam Præstantiam in loco illo quo nunc degit, propter aëris constitutionem suæ valetudini non satis commodam, neutiquam diutius commorari constituisse, sed in Germania superiore et interiore, sibi de conditione aliqua commoda et fixa sede circumspicere. Cæterum, cum non ita pridem de voluntate et eximia benevolentia tua erga nostram Academiam, ex literis et relatu amicorum egregia judicia cognoverimus, omittere non potuimus quin vice versa et nostrum animum T. P. declaremus, si videlicet T. P. Academia nostra arrideret, tibi in illa locum honestum et conditionem tuæ eruditionis eximiæ non inconvenientem, paratam esse. Quare T. P. rem gratissimam nobis fecerit, si cum hoc nostro peculiari tabellario nobis rescripserit quid expectandum nobis a te sit. Etsi enim neminem potiorem præter T. P. hoc tempore, propter celebritatem nominis et peculiarem dexteritatem explicandi nodosa volumina Juris, expetimus; tamen, si fortasse T. P. vel isthic detineretur, vel ad nos veniro aliis de causis impediretur, danda nobis opera esset ut locus qui nunc vacat, non inanis relinqueretur. Hæc T. P. cui nostra studia et officia deferimus, præ cæteris significanda duximus. ».

Vale.

Datæ Norimbergæ, die XXIX mensis Septembris, Anno Christi 1582.

Tui nominis et dignitatis amantes

Hieronymus Paumgartners.
Bartholomæus Poemers.
Antonius Geuders.

Senatorii Ordinis Norimberg. et Academiæ Altorfianae Scholarchæ.

Responsio autem DONELLI ad has sequens est: « Clarissimi Nobilissimique Senatores, Domini observandi. Multum debeo honorificis de me judiciis vestris, multum singulari benevolentiæ qua me absentem tam procul prosecuti estis. Sic enim me accipere oportet benevolam et liberalem invitationem literarum vestrarum cum summa testificatione egregiæ voluntatis conjunctam, qua vobis visum est dignum me habere, præ cæteris, quem ad locum professionis juris, in Academia vestra vacuum, amantissime et cum spe liberalis conditionis invitaretis. Agnosco beneficium. Non enim ignoro, quantum sit talibus et tam præstantibus viris placuisse; ne illud quidem, quantum sit istum locum a nobilissima et præstantissima totius Germaniae civitate, id est Norimberga, esse mihi delatum. Detulit enim illa, cum vos quibus datum est, illius nomine detulistis. Itaque vellem esset

in me aliquid quo possem mutuum animum testari, et in eo quod a me expeti video, sanctos conatus vestros et studia in Remp. opera mea adjuvare: quibus propositum est Academiam a vobis feliciter et salubriter institutam, non solum tueri et augere, sed etiam quam optimis rebus omnibus excultam et florentem tradere posteris. Et erit fortasse, cum det Deus ut studium quoque nostrum in partem hujus operæ conferamus. Sed quisquis eventus futurus est (quando, id Deus novit) si re desiderium vestrum subsequi non licebit, certo ab animo illud possum polliceri, me amantis istius animi et beneficii in me vestri nunquam immemorem futurum. Quod ad petitionem vestram attinet, quando de conditionibus oblati muneris scribitis, facile animadverti, quod et literæ vestræ apertius alia parte significant, id solum voluisse vos de mea voluntate cognoscere, num forte animus esset invitato mutare hunc locum, et de voluntate conditionis sequendæ spem aliquam facere; ut si negarem, prospiceretis aliunde loco vacuo; si annuerem, vos posterius de conditionis ratione cogitaretis. Vellem hic fuisset in literis E. V. certius aliquid, ex quo et ipse potuissem consilium certius ad respondendum capere. Nunc omnem recte deliberandi occasionem illa incertitudo adimit. Scribam tamen in ea incertitudine quantum licet, et quantum puto ad sententiam animi vestri pertinere. Si de mea voluntate quæritur, est quod apud E. V. vere profitear, nihil mihi optatius contingere posse, quam si quid possim facere quod vobis et toti Germaniæ sit gratum. Ego enim in Germania, per quot annos ibi vixi, a Germania ita sum acceptus, non solum ut illi vixerim non ingratus hospes, sed etiam quæcumque officia humanitatis et benevolentiæ esse solent, ea publice privatimque ubi occasio tulit, sim expertus. Hæc animo meo, Dei beneficio, non exciderunt; neque porro, illo dante, committam umquam ingratitudine, ut illa excidisse jure cuiquam videri possint. Quamobrem, ita animo sum affectus, ut cupiam, si quid in me studii est atque officii, illi rependere, si tamen honestis conditionibus et quales ipsa agnoscat, liceat id facere. Hæc enim Prud. V. facile occurrunt, longum esse iter ad vos; mutationes tam longinquas, nisi magna de caussa et consulto consilio susceptas, nulli prudenti probari solere, præsertim ea ætate ad quam perveni; sed tum maxime ridiculas videri, ubi ex honesto loco, commodo et amante, ad ignotum repente fit mutatio. Nam, ut de hoc loco in quo nunc sum, et fui usque adhuc dum vixi in his regionibus, vere nobis scribere liceat; vereor ne amici illi quorum literæ vestræ meminerunt, cum vobis retulerunt me constitutione hujus aëris offendi, et propter valetudinem non constituisse diutius in hoc loco commorari; vereor, inquam, ne affinitate nominum lapsi, cum de Danæo hæc audirent, quæ et vera erant, de Donello, idest de homine amico et item Gallo ac pene populari, dici existimarint. Ego quidem nusquam habui melius, nec tota familia mea. Conditio ita est, ut nulli honestior, quacumque dignitate sit, deferatur. Hospes ita habeor, ut cives ipsi possint invidere; verumtamen et illis non modo gratus, sed etiam expetitus. Sed tamen quidquid hic est, potest ea esse voluntas amplissimæ et munificientissimæ urbis, et ex ea voluntate eæ conditiones vestræ, ut his susceptis, facile vitari possit macula temerariæ mutationis, et migrationis molestia eo pacto leniri. Quod si acciderit, ego E. V. non tantum paratus sum obsequi, sed etiam ultro et ex animo jam nunc operam ac studium ad eam rem defero. Res cum sit juris et arbitrii vestri, erit prudentiae vestræ existimare quid de conditione tota vobis videatur, sive quod ad stipendii aliquam dignitatem, sive quod ad habitationem, sive quod ad viaticum pertinebit. Quod

dum facitis, literas vestras exspectabo: aut si, his nostris lectis, jam nunc alia mens E. V. fatura est, quam ut in eadem vocatione maneatis; nihilominus manebo is ego erga Excellentias V. quem me esse ante sum testatus, qui se scilicet E. V. de honore sibi habito et propensa benevolentia vestra erga se plurimum debere profiteatur, polliceaturque se vicissim perpetuo animi cultu atque observantia clarissimi nominis vestri memoriam libenter usurpaturum.

Valete, Viri Clarissimi.

Lugduni Batavorum XIX. Oct. clↄ Iↄ LXXXII.

Excellentiis et dignitatibus vestris

deditissimus
Hugo Donellus.

Cum autem DONELLI vocatio ad curatorum Academiæ Leidensis et Principis Auriaci aures venisset; hic Princeps litteras ad Dominos Scholarchas, Vice-Cancellarium et Senatum Academiæ Altdorffinæ scribi jussit, quas cum lectore benevolo ex autographo communicamus.

S. P.

« Quod clarissimum virum D. Hugonem Donellum ad professionem Juris civilis in academia Aldorphiana vocaveritis, id nobis minus mirum visum est, Viri amplissimi, quod eximia ejus doctrina, celebri omnium sermone et fama nobis perspecta fuit. Eoque nomine vobis gratulamur, quod labescentibus literarum et doctrinarum studiis, vestra diligentia subvenire conamini, uti non tantum in instituenda, sed etiam exornanda Academia vestra omnibus notum perspectumque fecistis. Hoc vestrum tam justum desiderium, non tantum non impedire, sed etiam promovere ea in re conati fuissemus, nisi tanti viri absentia, ea ipsa studia quibus tantopere, idque jure, favetis, tantam apud nos jacturam factura essent, quantam nostra industria vix longo post tempore resarcire possemus; nam, cum in mediis hisce bellorum æstibus, quibus solent fere ut leges, sic studia silere, tantum tamen nobis Dominus concesserit beneficium ut, tacentibus omnibus Belgicis academiis, novam erexerimus, erectamque ad hunc usque diem foverimus; eam sartam et tectam ut conservemus, nihil a nobis, quoad in nostra potestate erit, prætermittetur. Verum, quam in Academiis retineat partem juris Cæsarei studium quia vobis satis est cognitum, judicare potestis quidnam de nostra vix adulta Academia futurum sit, si is qui solus sua auctoritate et doctrina quodammodo hæc studia rexit, a statione illa discedat, quam ad hanc usque diem tam laudabiliter tutatus est. Hæ caussæ, Viri amplissimi, nos moverunt, cum in Hollandiam nuper venissemus, intellexissemusque per ipsum doctorem Donellum, quid vos ipsi, quid ipse vobis scripsisset, multorumque virorum bonorum et prudentum judicio moniti insuper fuissemus, quantum ejus absentia cladis esset illatura rebus nostris, atque adeo omnibus istis regionibus quæ unicam habent hanc Academiam, ad quam confluere bonarum literarum studiosi queant, ut huic vestro, ipsiusque Donelli desiderio subscribere non potuerimus; præsertim cum id ipsum quoque Ordinibus hujus provinciæ ita sit visum. Hoc vero putavimus, pro vestra summa prudentia, vos non tantum in bonam esse accepturos partem, sed etiam, pro vestra æquitate et erga literas studio, esse comprobaturos. Non etenim quae vestra est in judicando aequitas, unquam sentietis, propter spem futuri alicujus boni, præsens idque grande malum damnumque Academiae jam institutae, et in primis Donelli nostri auspiciis auctae, inferendum esse. Nostrum vero hac in re judicium et consilium hoc in negotio, vobis censuimus esse significandum quamprimum, ne diutius in Donellum intenti, alium paris doctrinæ et digni-

tatis virum adsciscere negligatis; nam, ut nobis qui jam veluti in possessionem venimus, plus in Donellum competit juris; sic vobis, in summa quiete et otio versantibus et omni rerum copia abundantibus, facilius erit alium ad vos evocare quam nobis, qui in mediis bellorum tumultibus, interque strepitus et tubarum clangores, nostram utcumque dignitatem tuemur, literarumque studia, pro nostra tenuitate, non illiberaliter sustinemus. Eam sane de V. A. opinionem concepimus, ut certo nobis sit persuasum hoc nostrum consilium in optimam partem vos esse interpretaturos. Sicubi autem opera nostra nostrumque studium vobis esse possit usui, animum erga vos nostrum semper fore propensissimum vobis, idque certo, persuadete.

Valete viri amplissimi.

Datæ Hagha Batavorum die 22. mensis Decembris Anno M. D. LXXXIII.

Vestræ Ampl.

amicissimus

Guilhelmus a Nassau »

O felicia tempora! in quibus Principes viris studiis deditis tantum statuerunt pretium, illos tam honesto loco et tam charos habuerunt, ut illos dimittere malum damnumque esse duxerint. Responsionem Dominorum Scholarcharum, quae desiderium illorum DONELLUM in Academia Altdorffina habendi, non minus quam reverentiam erga Principem declarat, ut ea quae SCIP. GENTILIS de hac re narrat, ex ipsis publicis documentis confirmentur, apponendam existimavimus, et hujus tenoris est: « Illustrissime Princeps, et generose Domine; literas Illustriss. Celsitudinis tuæ, quibus ea nobis benignissime caussas et excusationes exponit, quæ clarissimum Jurisconsultum D. Hugonem Donellum in Academia sua Lugdunensi Batavorum detinet, quo minus ad nos, sicut bona in spe fuimus, hoc tempore pervenire possit, ea qua reverentia decet, submisso studio accepimus. Etsi autem nobis gratissimum accidisset, si D. Donellum (quem nostrum fore putavimus) in Academia nostra Altorphiana, tamquam singulare atque eximium ornamentum et decus habere et conspicere potuissemus; tamen nostrum propositum nunquam fuit, eum obstrictum, ne dum invitum cum damno et jactura Academiæ Celsitudinis tuæ, quæ sicut ex literis Rectoris et Senatus Academiæ cognovimus, tanti viri præsentiam unice desiderat, et eo hoc tempore carere commode non potest, isti abstrahere, illamque hoc ornamento et præsidio veluti spoliare, et contra voluntatem Celsitudinis tuæ, et aliorum qui modo plus juris in eum habent, nobis eum vindicare, idque satis testantur literæ nostræ ad illum missæ. Quemadmodum enim hac in parte graviter ferremus, si nobis tale aliquid contingeret; ita quod nobis fieri nolumus, nos authores esse non decet ut aliis itidem eveniat. Certo autem affirmare possumus, nos jampridem ex literis, et relatu amicorum cognovisse D. Donellum multis de causis constituisse sponte alio, et propemodum in meditullium Germaniæ migrare, ejusque operam non uno in loco requiri; quod nos movit, ut mature, ne ab aliis præveniremur, ipsius voluntatem certius exploraverimus; quam cum non alienam a nobis cognovissemus, de conditione Altorphiana liberius ad eum scripsimus, et de illa convenimus; quod sane a nobis intermissum fuisset, si tam voluntatem Celsitudinis tuæ, quam ipsius impedimenta et amicorum ejus desiderium antea exploratum habuissemus. Quare, Illustriss. Princeps, ut nos excusatos habeat Celsitudo tua, et quidquid hac in re a nobis factum est, in benigniorem partem interpretari velit, obnixe rogamus. Quod facilius in futurum confidimus, cum tam Celsitudinis tuæ vota et voluntas, quam nostra (licet exigua ea sit, et cum Celsitud. tuæ benignissimo favore et authoritate

comparari nequeat) hac in parte par sit et ad eamdem metam tendat, ut videlicet, studia bonarum literarum, in primis Jurisprudentiæ studium, contra ingruentem barbariem propagetur et defendatur. Ideoque, sicut benignissimum studium Celsitudinis tuæ in retinendo D. Donello laudamus potius quam vituperamus; ita desiderium nostrum in eo carendo æquiori animo toleramus; imo ipsi gratulamur, quod tantum patronum qui, turbatis rebus, et propemodum in medio ardore belli ejus dignitatem et nominis celebritatem non negligendam, sed potius tuendam susceperit, consecutus sit. Liberum igitur, quo ad nos, erit ei, sub patrocinio Celsitudinis tuæ, non obstante pollicitatione nobis facta, manere quamdiu illi commodum erit; sed veniam nobis dabit Celsitudo tua, ut deinceps quoque, si denuo is in Germaniam nostram remeare cogitaret, potiores partes in eo nobis sumamus, neque plane juri nostro quod in illum nobis competere cœpit, cedamus. Cæterum, ne prolixiores simus, optamus sane, ut isthic et alibi, cessantibus tandem diris bellis, tumultibus et intestinis odiis sopitis, pacis et tranquillitatis aureæ studium denuo redeat; ut bonæ artes et disciplinæ, pacatis rebus, sub patrocinio et tutela Principum Virorum, magis ac magis florere et crescere possint. Illustrissima Celsitudo tua bene et feliciter valeat, nosque benignitate sua eximia complecti pergat. Cui nostra obsequia et studia submissæ voluntatis offerimus. Norimbergæ. prid. Cal. Aprilis. M. D. LXXXIV.

Illustriss. Celsitud. Tuæ

Studiosissimi
Scholarchæ, Vice-Cancellarius
et Senatus Academiæ Altorphianæ. »

Non defuerunt quoque viri docti, ante et post quam hæc acta fuerunt, qui adventum DONELLI in Academia Altdorffina optarunt. Cujus rei docendæ caussa, dabimus verba quæ ex scriptoris originalibus desumpsimus. ubi D. EDO HILDERICUS ad Dn. HIERON. PAUMGARTNERUM d. d. Altorfii 13 Jul. 1583 scribit: « In literis Domino doctori Giphanio scriptis, Doctor Donellus non obscuram nobis spem facit, se brevi nostrum fore; non ita magni momenti ea esse, in quibus adhuc nescio quam declarationem ab optimo Senatu vestro expectet. Sed inclytus Senatus, pro sua prudentia, facilem se erga hunc virum, ut eum brevi habeamus, procul dubio præbebit. Deo adjuvante, florentem habebimus scholam Juridicam, si et ipse huc venerit. Judico tibi maximam deberi gratiam, quod in amplissimo et prudentissimo Senatu vestro rem eo curasti perduci, ut tantus vir legitime huc sit vocatus. Quæ restant Deus quoque fortunabit. Si tuæ amplitudini non displicet ut meæ literæ Doctori Donello inscriptæ, ad eum mittantur, peto ut id fiat, nisi tabellarii commoditas jam sit neglecta. Tantum hoc in meis literis ago, ut intelligat se ad homines sui amantissimos venire, si veniat » Et PAUL. MELISSUS ex Heidelberga eidem PAUMGARTNERO Cal. Oct. 1587 » De Hugonis Donelli missione tibi per Molitorem significavi: vestrum erit occasionem ejus nanciscendi non negligere. In tempore vos certiores feci; atque ex nundinis Francofurt. ad illum literas commode mittere potuistis » Venit tandem diu optatus desideratusque DONELLUS Altdorffinum: lætus hoc nunciat HUBERTUS GIPHANIUS in litteris ad JOH. LOBBETIUM d. Altorphii, 13 Junii 1588 datis. raro exemplo novum collegam laudibus novis tunc temporis mactans his verbis: « Venit huc tamdem D. Donellus venerandus senex, vegeto tamen et animo et corpore sic satis. Leidenses, auctore quodam Johanne Dusa, et eum secuto Justo Li-

psio, contumeliose tantum virum dimiserunt. Fere eadem ejus, quæ optimi senis fortuna. Dusam novi capitalem hominem, cujus fere mancipium est Lipsius. Is Dusa, gravi de crimine, Ultrajecti per sex menses in carcere fuit, capitis periculo tamdem precibus quorundam liberatus ac Leidam reversus, in optimum ac doctiss. senem sævire cœpit, Lipsio, ut olim nostrum Beuthero, eum deserente, sed callide ac dissimulanter. Hic est ille Dusa in quem ridicule aliquot elogia Heidelbergenses proximo mercatu ediderunt. Noster nunc est Donellus, quem illi extruserunt et injudicatum ejecerunt. Eum Senatores Norici multi summa benevolentia complectuntur. Spero fore ut, ejus celebritate nominis ac doctrina, nostra hæc Schola egregie brevi celebretur » Quæ litterarum verba legi possunt in Monumentis pietatis et litterariis virorum in republica et literaria illustrium (Fraconfurti ad Mœnum, 1702. in 4°.) P. II. p. 151.

§. XII.

Commentarios suos in Codicem illustri Senatui Norico DONELLUS non prius inscripsit, quam institutum suum GIPHANIO aperuisset. Approbavit illud GIPHANIUS, testantibus litteris ad DONELLUM d. Jun. anno 1587 missis, apud MARGU. GUDIUM in epistolis p. m. 350. « In iis tuum consilium probabam quod ceperas, in commentariis quibusdam tuis Senatui Norico inscribendis ». Tandem, impetrata GIPHANII approbatione, mittit DONELLUS Dn. HIERON. PAUMGARTNERO sequentem ex originali desumptam epistolam: « S P. D. Emisi his mensibus commentarios quosdam meos in lucem, quos visum est, pro meritis et singulari benevolentia amplissimi Senatus vestri erga me, inscribere vobis qui Reip. præestis, in quibus tu principem locum tenes; eamque ego pro tempore occasionem nactus, conatus sum, pro vetere notitia et amicitia nostra, in limine ipso, virtuti isti et præstantiæ tuæ testimonium quod potui, reddere; quod tibi a vetere amico profectum, non ingratum fore confido. Quia autem commentarii iis ad quos veniunt offerendi erant, et neminem habeo Norimbergæ, per quem facile aut honeste curare possim, peto a te, V. E., pro eo ac me faciendum putas, ut mihi hanc operam commodes, quo per te ad ampliss. Senatum commentarii commendatiores veniant; in quo te, pro dignitate et auctoritate tua, plurimum posse scio. Et permagni mea refert eos ita accipi; scio enim quantum tibi privatim, quantum in commune judiciis omnium vestris amplissimorum virorum debeam in ea vocatione quam superiores anni viderunt; quo nomine me omnibus vobis, tibi præcipue, multis modis obstrictum esse agnosco. Huic benevolentiæ si non respondeo accepta aliqua gratiarum actione, verendum mihi est ne, si non superbi, certe parum grati hominis factum esse videatur. Quare rursum abs te etiam atque etiam peto, ut commentarios humanitate tua non indignos judices, favore tuo juves. Ad ea merita quæ a te antecesserunt, hoc etiam adjeceris dignum virtute et constantia tua; et magis ac magis eum tibi devinxeris, qui se cupit quamplurimum tibi debere.
Vale, vir Amplissime.

Lugduni Batavorum 15. Feb. 1587.
Excellen. T.

addictissimus
Hugo Donellus »

Qua occasione Dn. HIERONYMUS PAUMGARTNERUS illustriss. Senatus nomine, Cal. Sept. anni ejusdem, litteras responsorias laudibus plenas DONELLO scripsit, simulque donum pecuniarium pro dedicatione misit. Verba litterarum vero, et quidem ex manuscripto, ita sonant: « Quod ad commentarios tuos attinet, Senatui nostro dedicatos et illi a me tuo nomine oblatos, jussus sum, pro tam insigni

dono et præclara tua in hanc Rempub. voluntate, ingentes tibi illius nomine agere gratias; ac ut vicissim illius in te extet voluntas atque gratitudinis testimonium, mittuntur ad te sexaginta aurei Rhenani, quos ut boni æquique consulas etiam atque etiam peto. »

§. XIII.

Jam supra §. 3 observavimus, DONELLI nativitatis annum diversimodo notari; non mirum ergo est, si et ætatis anni varie constituuntur, PAUMGARTNERUS eumdem errorem cum CUJACIO committit, DONELLUM anno ætatis 68 mortuum fuisse, falso indicans. Alii ut CASP. CUNRADUS in prosopographia melica, Millen. II. p. 55. et THEOD. EBERTUS in Eulogiis JCtorum p. 44. dicunt, DONELLUM sexaginta septem annos vixisse, sed sine probationis fundamento. Extra omnem dubitationem, diem et annum quo animam efflavit, ponit Epistola D. EDONIS HILDERICI, qua tristem hunc casum Dominis Scholarchis ita nuntiat: « S. D. Amplissimi Domini Scholarchæ, amici et patroni omni observantia colendi, talis est vitæ humanæ conditio, ut non semper læta et optata, narrando et scribendo nostris amicis afferre possimus. Quare amanter a vestra amplitudine peto, ut ea mihi ignoscat, si officii ratione id vobis significare cogar, quod non minore vos dolore afficiet quam nos affecit; qui hic sumus præsentes. Hodie, paulo ante horam duodecimam, placida morte, ex hac ærumnosa vita ad cœlestem vitam evocatus est clarissimus vir Dominus Doctor Hugo Donellus, lumen Academiæ nostræ, et ingens decus omnium totius Europæ Jurisconsultorum, qui proculdubio triste sui desiderium omnibus Juris studiosis, ubicumque illi sunt, propter hanc ex vita subitam emigrationem relinquet. Sciunt enim illi, hunc talem et tantum virum; si diutius superstes fuisset, plura in lucem editurum fuisse, quæ omnibus Juris studiosis plurimum profuissent. Sed hæc nunc praetermitto. Nunc tantum vestræ amplitudini significare volui tempus obitus hujus tanti viri, ut hanc Academiam vestro consilio adjuvare dignemini, quod tempus, quique locus sit tribuendus sepulturæ ejus, et quæ præterea in honorem defuncti fieri velitis. Dominus Deus vos omnes et Reipublicæ vestræ, et huic Academiæ, et omnibus piis in hisce periculosis temporibus quam diutissime incolumes conservet.

Valete.

Altorphii die 4. Maii, Anno Christi 1591.

Vestræ amplitudini

additus

Edo Hildericus D.

et pro tempore Academiæ Rector ».

Meritis laudibus, non minus mortuum quam vivum, DONELLUM cohonestavit HILDERICUS, ut honestum virum decet. Aliter plane GIPHANIUS, pro sua inconstantia et animi levitate. Quem vivum omni honore et laude prosecutus fuerat, hunc mortuum injuriis plene indignis affecit. Observavit hæc excellentissimus quondam Dn. D. GE. FRID. DEINLEIN, Professor publicus et Facultatis Juridicæ Altodorfinæ senior gravissimus. in Act. Franc. P. XVII. p. 412, ubi GIPHANII judicium proletarium ex manuscripto cum lectoribus communicat, quod et hic repetere volumus: « De Donello, miror Scipionem nostrum ei tantum tribuere, apud suos plane abjecto. Quis enim vel Cujacius, vel Hotomannus, vel Brissonius, vel Balduinus, vel Faber, vel Pithopaeus ejus vel verbo meminit? Et nisi me parerga Scipionis fallunt, abhorret ipse ab effusa illa verbositate, nulla nec artis nec ingenii lumine distincta. Et hic tamen, qui Philosophiæ nullam partem gustarat, juris artem nobis tradere est conatus, scilicet quam voluit Cicero, Crassus, Pompejus et ipse Cæsar. Sed (inter nos) est ne id olim conatus Crassus et Pompejus? Ci-

cero quidem de Jure Civili in artem redigendo librum olim edidit, et Cæsar, teste Suetonio, non artem, sed brevitatem quamdam cogitarat. Sed de Crasso nihil tale legi, nisi si quod Cicero, ut in dialogis assolet, fingit sibi, affingit ei, id est sibi ipsi hoc consilium; Crassus enim est ipse Cicero. De Pompejo non satis memini; tu subjicies, et ego tibi hoc reponam, quod aptius sit in Donellum elogium ex Cicerone in Curionem: Neminem ex his quidem qui aliquo in munere fuerunt, cognovi in omni genere honestarum artium tam indoctum, tam rudem; nullum ille poëtam noverat, nullum legerat oratorem, nullam memoriam antiquitatis collegerat, non publicum jus; privatum et civile vulg. more et modo cognoverat. Cicero in Bruto p.

Hubertus Giphanius.
A. 1596.

Cæterum, DONELLUS noster quadraginta annos jura docuit, quod tempus LAMBERTUS LUDOLPHUS PITHOPÆUS his composuit versibus.

Sic jus ter denos docui, et his quinque per annos,
Et fuit hic vitæ cursus et ordo meæ.

§. XIV.

Quam charus DONELLUS noster magnis fuerit viris, exemplo PHIL. CAMERARII illustrare volumus. Luget ille mortem DONELLI in *horis subcisivis Cent.* 3. *c.* 63. *p. m.* 236. sequentibus « Eo autem magis animus meus quasi stupet, et a dicendo hoc tempore deterretur, quo dolor recentior, atque desiderium meum vehementius est. In conspectu enim est locus in quo magnus ille Donellus noster, ornamentum et columen hujus Academiæ, non ita pridem sedit, et mo qualiacumque fuerunt quæ proferebam dicentem, attente et, sicut ipse solitus fuit dicere, magna cum voluptate audivit. Video, inquam, non sine ingenti perturbatione, eum ipsum locum ob recentem illius decessum, desolatum, et veluti summum decus amissum requirentem: Quod sane luctum meum et vulnus animi, interjecto unius et alterius mensis spacio, aliquo modo obductum, magnopere renovat et quasi refricat. Quis enim tam stupidus est, qui non hac subita mutatione, de imbecillitate et vicissitudine rerum nostrarum admoneatur, planeque intelligat nihil esse incertius rebus humanis, nihil quod tam facile dilabatur ac fluat? et, cum venti nostri valde secundi fortunaeque prosperæ videntur, tunc maxime imminere nobis atrocem tempestatem, instare aliquod magnum malum, vicinamque esse fragilitatem et labefactionem ipsarum? Utinam hujus, minore cum Academiæ nostræ jactura et damno, documentum aliud haberemus! Utinam remedium idoneum et sufficiens reperiri posset, quo vulnus hoc Academiæ, obitu summi viri illatum, sanare concederetur! Et si autem mei propositi hoc tempore non est laudes tanti viri decantare et ejus memoriæ veluti parentare; non possum tamen tacere quod vere prædicare possum, quodque cognitum pluribus esse scio: Quemadmodum Donelli nostri præsentia huic actui annis superioribus, honori, et ornamento magno erat; ita nunc absentiam ejus omnibus bonis, gravissimam et luctuosissimam esse » ET SCIPIO GENTILIS orationi in obitum ejus habitæ sequentes versus adjecit:

Ipse Donellus obiit, decurso lumine vitæ,
Qui genus humanum ingenio superavit, et omnes
Præstrinxit stellas, exortus uti æthereus Sol.

Pietatem ejus autem *PAUMGARTNERUS* landat hisce verbis: « Jam, quia linguam nostram Germanicam minus intelligebat, Saturni semper diebus, modo invaletudine non impediretur, D. Pastorem M. Georgium Sigelium, Theologium exercitatissimum, Evangelium

Dominicale methodo analytica explicantem sedulus audiebat, suoque conabatur exemplo Juventutem ad amorem et venerationem Sacri condocefacere ministerii » Conferatur etiam IOH. PHIL. SCHMIDII Schediasma: Juristengule Christen, §. 41. p. 46. seq. De reliquo hanc sibi laudem propriam facit, quod antiquitates Romanas cum solida scientia legum naturalium et civilium conjunxit; singularem quidem methodum, difficilem tamen et amœnam, eleganti stylo proposuit; et quemcumque locum ubi docuit, spectabilem fecit. Præterea, commemoratione dignissimum sane est, memoria eum præ cæteris adeo excelluisse, ut totum juris corpus a capite ad calcem verbo tenus recitare valuerit (vid. BUDERI notam 17. supra Tomo I. p. 10. allegatam); quæ cum aliis quæ de eo narrari hic possent, in jam adductis Auctoribus latius leguntur. Quod et linguarum Orientalium fautor singularis fuerit et JANUS DRUSIUS illi alphabetum suum Hebraicum dedicaverit, ex THEOD. EBERTI eulogiis Jurisconsultorum p. 43. discitur. Denique, præter monumentum in templo Altodorffino memoriæ Donellianæ positum, etiam numisma argenteum in eius honorem cusum est, in cujus parte una caput DONELLI repræsentatur, in altera vero symbolum ejus ex epistola Pauli ad Romanos Cap. XIV. v. 8. legitur: *sive vivimus sive morimur, Domini sumus: homini vivendum et moriendum.* Conf. quoque THEOD. CRUSII symbolotheca docta p. 177, et Museum Mazzuchellianum. seu numismata Virorum doctrina præstantium, quæ apud Jo. Mariam Comitem Mazzucchellum Brixiæ servantur, a Petro Antonio de Comitibus Gaetanis Brixiano Presbytero et Patricio Romano edita atque illustrata; accedit versio Italica studio Equitis Cosimi Mei elaborata (Venetiis, 1761. fol.) Tom. I. Tabula 95. n. 7. p. 423. seq.

§. XV.

Catalogum scriptorum hujus praestantissimi Jurisconsulti, quem Cl. Buderus Vitae Donellianae adjecerat, in hac editione video consulto omissum, propterea quod ipsa editio universa Donelli Opera exhibeat. Ego vero, quo quaeque tempore in publicam lucem prodierint, indicabo. Tractatus de usuris, fructibus et mora prodiit Parisiis, 1556 4° (a)

a) Hi tres tractatus (quos MAIANSIUS in epistolis, p. 253 perquam doctos et elegantes nominat) reperiuntur etiam in infra allegatis Operibus prioribus Donelli. GUNDLINGIUS in collect. parv. opusc. germ. p. 395 forsitan erravit, quum annum 1555 adduxit; sed NICERON dans les memoires pour servir à l' histoire des hommes illustres dans la republique des lettres, T. XXXIII. p. 364 nobiscum annum 1456 posuit, qui etiam dedicationi ad MICH. HOSPITALEM (in Operibus prioribus) respondet. BUDERUS c. l. p. 123 allegat, praeter Parisiensem editionem, aliam Francofurti 1589 in 4°. impressam.

Tractatus de pignoribus atque aedilitio edicto, editus est anno 1558 (b)

b) Inter opera priora hi duo tractatus locum occupant quartum et quintum. Extant quoque in corpore selectorum tractatuum de pignoribus et hypotheeis, Francof. 1586 fol. edito, p. 193-221. In bibliotheca Bodleiana duae aliae adducuntur editiones, scilicet Coloniae 1569 in fol. et Venetiis 1584. In alia collectione etiam Tractatus de pignoribus legitur, qui rubro prodiit sequenti: A. NEGUSANTIUS, F. BALDUINUS et H. DONELLUS de pignoribus et hypothecis, acc. P. VANDERANUS de privileg. creditor. Lugd. 1562 8°. BUDERUS c. l. p. 122 eumdem tractatum de Pignoribus et hypothecis, Françofurti apud Petrum Fischerum et Nicolaum

Roth, 1598. in 4°. editum, memorat. Extat etiam in Tractatu universi juris, Tomo VI. P. I. n. 207.

Ad legem Justiniani de sententiis quæ pro eo quod interest, proferuntur, sive de eo quod interest, liber excusus est Lutetiae, 1561. 4°., Recus. Francofurti, 1574. 8°., Heidelbergae, 1574. 8°., Neostadii, 1580. 8°., Altorphii, 1589. 8°., item excudebat Gabriel Carterius, 1596. 8°., et Lugduni Batavorum. 1630. 8°. Occurrit etiam in Commentariis ad Codicis Justinianei partes

Ad titulum Digestorum, de rebus dubiis, commentarius, Biturigibus, 1571. 8°. Recus. Antuerpiae, 1584. 8°.

Comentarii ad titulos Codicis de pactis et de transactionibus, Biturigibus 1572. 8°. Recus. Parisiis, 1574. 8°., item cum FRANC. HOTOMANNI disputatione de pactis, Coloniae Agrippinae, 1574. 8.°, auctiores et emendatiores, lucem viderunt in Commentariis ad Codicis Justinianei partes.

Commentarius ad titulum 9. de praescriptis verbis, et in factum actionibus, Heidelbergae, 1572. 8.° Recus. ibid. 1574. 8.° et 1580. 8.° Legitur hic commentarius quoque in Commentariis ad Codicis Justinianei partes.

Assentior autem iis qui libellum editum anno 1573. 8.° sine loco sub hoc titulo « Zachariae Furnesteri defensio pro justo et innocenti tot millium animarum sanguine in Gallia effuso, adversus Joannis Monlucii defensionem lanienae Parisiensis, anni 1572. » Et recusum anno 1579. 8.°, Donelli nostri partum esse existimant (c). At D. Riccomini, literis ad me datis, negavit se libellum hunc in suam Donellianorum Operum editionem admissurum; quod et Auctor, quisquis ille fuerit, qui fictitium nomen adscripsit, partum hunc spurium et incerto patre natum haberi voluerit; et aliae sibi justae causae sint abstinendi a Furnesterio illo.

c) Hanc ille Legatus (MONLUCIUS) pro obtinendo in HENRICI VALESII gratiam Poloniae regno, in regni limite constitutus, ad Archiepiscopos, Episcopos, Palatinos misit. Quam MONLUCII apologiam strictim refert JACOBUS AUGUSTUS THUANUS Lib. LIII. p. 841. Lit. F. Edit. Genev. 1626. ad an. 1572. et p. 842. Lit. E. subjungit « Contra eam defensionem, biennio post, contraria defensio edita est admodum virulenta a Gallo quodam in Germaniam profugo, Zachariae Furnesteri nomine, quae cum Monlucii nomen et pudorem admodum sugillaret, anno post Lugduni publicatur adversus illum Furnesterii libellum, pro Joanne Monlucio Episcopo et Comite Valentino Diensi, Praescriptio elegantissime scripta a Jacobo Cujacio Jurisconsultorum hujus aetatis Principe, nomine tamen suppresso. Nescivit summus Vir, DONELLUM sub larva FURNESTERII latitare; scivit tamen, qui summaria Editioni Genevensi a. 1626. adjecit, LINGELSHEMIUS, ideoque iisdem inseruit; erravit tamen in eo, dum JACOBUM CUJACIUM primum in hac caussa scripsisse dicit. Pseudonymum autem hunc primus, ni fallor, detexit JOANNES DECKHERRUS, de scriptis adespotis pag. 263, Edit. Amstelod., in eo tamen errans, dum scribit hanc defensionem contra MICHAELEM SEUREUM Equitem Hierosolymitanum, qui lanienam hanc coram Ordinibus Regni Poloniae defenderit, fuisse directam. Adde VINCENTIUM PLACCIUM de Pseudonymis p. 296. n. 1132. Indicat laboriosissimus vir JACOBUS LONGUS, Bibliothéque historique de France, libro III. p. 404. n. 7823. MONLUCII et DONELLI contrarias defensiones hoc titulo prodiisse « Joannis Monlucii Episcopi Valentini defensio pro illustrissimo Andium Duce, adversus calu-

mnias quorumdam. Alia adversus hujus ipsius defensionis calumnias, Zachariae FURNESTERI defensio pro innocente tot millium animarum sanguine in Gallia effuso, in 8.° 1574., » qui inde diversas de hac laniena scriptione curate recenset. BUDER. c. l. p. 229. Add. GUNDLING c. l. p. 309. et HOMMELIUS in litteratura juris p. 326. qui FURNESTERI scriptum, inter libros sine parente refert; item ADRIEN BAILLET dans les jugemens des savans, Tome 5. Partie II. Chap. V. p. 46. seq., ibique allegata opera CUJACII Tom. VIII. col. 1360.

Commentarii ad titulum Digestorum de verborum obligationibus. Heindelbergae, 1577. 8.° Recus. Francofurti, 1577. fol. et ibid. 1599. fol. (d)

d) Editio de Anno 1599. absolvit portionem Commentariorum ad Codicis Justinianei partes.

Commentarius ad titulum Institutionum de actionibus Antuerpiae, 1581. 8.° Recus. Lugduni Batavorum, 1584. 8.° Antuerpiae, 1584. 8.° item excudebat Gabriel Carterius, 1596. 8.° et Lugduni Batavorum, 1630. 8.°

Commentaria ad tit. De rebus creditis seu mutuo, de jurejurando, de in litem jurando, de condictione ex lege, de condictione triticiaria, de eo quod certo loco dare oportet. Antuerpiae, 1582. fol. et recus. Francofurti. 1626. fol.

Commentarii ad Codicis Justinianei partes quasdam, ad amplisimos D. D. Consules Senatumque Norimbergensem, Lugduni Batavorum, 1587. fol. (*c*) Qui post mortem DONELLI sub hoc rubro denuo prodiere, Commentarii absolutissimi ad II. III. IV. VI. et VIII. libros Codicis Justinianei, et Lib. Dig. XLV. de verb. obligat. maxima fere ex parte posthumi, a JACOBO SCHEGKIO publicati, Francofurti, 1599. fol. et 1620. fol.

e)-Vide supra §. 12.

De evictionibus, Francofurti, 1589. 4°.

Opera priora, edita jam olim, nunc recens recognita et repurgata ab auctore, nec paucis accessionibus et auctiora et meliora facta. Opera haec sunt, quae sequuntur: De usuris, de fructibus, de mora, de pignoribus, de aedilicio edicto, de evictionibus et duplae stipulatione, de probationibus, de fide instrumentorum, de testibus, Francofurti ad Mœnum, 1589. 4°.

Commentarii de jure civili, ad amplissimos et nobilissimos Dominos Coss. Senatumque inclytae urbis Norimbergae, Francofurti, 1589. et 1590 fol. (*f*) Recusi sub titulo sequenti: Commentariorum de jure civili libri viginti octo, in quibus jus civile universum singulari artificio atque doctrina explicatum continetur. SCIP. GENTILIS posteriores libros supplevit, expolivit. Quinque partes, Tomi tres, Francofurti, 1596. fol. Hanoviae, 1612. fol. et Francof. 1626. fol. (*g*)

f) Minima haec est pars commentariorum in hac prima editione: comprehendit tantummodo libros undecim priores, quibus in sequenti editione SCIP. GENTILIS reliquos ex schedis DONELLI usque ad librum vigesimum octavum adjecit.

g) Oeconomiam atque historiam hujus operis vide in BUDERI nota 22. supra, Tomo I. p. 10. seq. recensionem vero in GE. BEYERI notit. aut. jurid. spec. II. p. 110. et in continuatione II quam edidit CAR. FERD. HOMMELIUS p. 229. Addatur ejusdem HOMMELII litteratura juris p. 206. et 213. MAJANSIUS c. l. p. 253. de his commentariis ita judicat « Donelli commentarii sunt egregie docti, perspicui, elegantes, sed prae nimia prolixitate molesti.» OSU. HILLIGERUS ex hoc prolixitatis fundamento postea hos commentarios enucleavit,

quorum Tomus primus Jenae 1611. et secundus 1613 in 4°. prodierunt, et de quo labore allegatus MAJANSIUS p. 271. tali modo sentit « liberat Hilliger lectorem a molestia legendi elegantissimos quidem, sed perquam prolixos Donelli commentarios de jure civili. Nuclei stilus est ferreus et subobscurus. Notata eruditissima, et selectae Bibliothecae vicem praestare possunt. Sed Hilligeri lectio lectorem postulat eligere scientem» Quod tamdem ad methodum commentariorum Donellianorum attinet, ex citati HOMMELII litteratura juris p. 224. et POLYC. AUG. LEISCHING schediasmate discitur, de novo Corpore juris faciendo, vana doctorum hominum consilia, §. XV. p. 27. seq.

Theses de actionibus. Respondente Joh. Remb. Funcio, Patricio Lindaviensi, Altorphii, 1560. 4°.

Theses de probationibus. Resp M. Casp. Scobero, Jenensi. Alt. 1590. 4°.

Theses de pignoribus et hypothecis. Resp. Nic. Regensdorff, Bremano. Alt. 1591. 4°.

De accessionibus. Francofurti, 1599. 4°.

Commentariorum sive recitationum ad librum quartum Codicis Justinianei paralimpomena, e bibliotheca JEREM. REUSNERI nunc demum publicata, cum praefatione NIC. REUSNERI. Francofurti, 1600. fol. et ibid. 1602. fol.

Opuscula postuma, et aliorum quaedam. Ex bibliotheca SCIP. GENTILIS. Hanoviae, 1604. 8°. (*h*)

h) Maxime rara erant ante novam hanc Donellianorum Operum editionem haec opuscula, et MAJANSIO c. 1. p. 253. sunt libellus aureus. Contenta autem sunt sequentia: Commentarii ad libri *VI*. Cod. Tit. *IX*. *X*. *XI*. *XII*. *XIII*. *XIV*. *XV*. *XVI*. *XVII*. *XVIII*. *XIX*. *XX*. *XXXVIII*. a p. 1. usque 169.; Commentarius ad L. Gallus, D. de liber. et postum. p. 131.; Litterae ad ALBERICUM GENTILEM p. 215.; Consilium Academiae Altorphiuae nomine scriptum, de jure pascendi p. 222.; Aliud consilium ad ampliss. Norimbergensem Senatum perscriptum p. 262; Epistolae duae ad MICHAËLEM HOSPITALIUM, p. 266. et 270; Literae ad MARTINUM JARRIUM J. C. p. 276; Commentarius ad Tit. 34. Libri III. Cod. de servitutibus et aqua p. 287.; Commentar. ad Tit. 36. Libri ejusdem, familiae erciscundae, de judiciis divisoriis, p. 324.; Methodicus tractatus in Tit. 35 libri III. Cod. ad leg. Aquiliam p. 413. Adjecta his sunt aliorum quaedam: Epistola ALB. GENTILIS ad HUG. DONELLUM p. 210.; Literae MICH. HOSPITALII ad HUG. DONELLUM p. 268.; Binae literae juris civilis Doctorum apud Bituriges ad Illustr. quemdam Principem, p. 278.; et 281; Epistola PETR. FABRI ad HUG. DONELLUM p. 285; Oratio JAC. CUJACII in promotione GEORGII HALOANDRI SPIKERMANI Orientalis Frisii habita p. 433.; Oratio FRANC. DUARENI habita in cooptatione Dn. HUG. DONELLI, p. 437. Oratio SCIP. GENTILIS habita in funere HUG. DONELLI p. 446.; Epicedia et epitaphia in obitum DONELLI variorum, p. 462. In hac nova Operum Donelli editione quam debemus Domino Riccomini, Opuscula postuma non fuere sub hoc titulo conjunctim edita; sed optimo consilio ita disposita sunt, ut propria cuique sedes tribueretur.

Orat. de recta juris docendi ratione deque antecessorum delectu, Tolos. 16.5. 8°.

Epistola de jure accrescendi ad ALBERICUM GENTILEM JC. Lugd. Bat. 1640. 16°.

Commentarius ad titulum Dig. de diversis regulis juris antiqui, Antuerpiae, sine anno, 8°.

Duo responsa, quorum prius De testamento ab extraneo seu forensi,

secundum privilegium speciale civitatis in qua morbo correptus fuit, ordinato coram duobus testibus qui vocantur die Genante, jam in Opusculis postumis p. 262. exhibetur, cum posteriore de juribus seu servitutibus quibusdam, et earum quasi possessione, deque instrumento falsi non recte insimulato, et de requisitis praescriptionis maxime in rebus incorporalibus quae leguntur in Leucutii consiliis Rittershusianis p. 276. et 328.

EPISTOLÆ

Quas scripsit DONELLUS, in manus nostras venerunt sequentes.

1) Ad *Nic. Cisnerum*, in *Cisneri* opusculis p. 948. Add. *Buderi* nota 12. supra, Tomo 1. p. 7.
2) Ad *Alb. Gentilem*, qua juris quaestio, an verbis conjuncti re conjunctis praeferantur pertractatur; ap. *Donellum* in opusc. post. p. 215.
3) Ad *Mich. Hospitalem*; *Donellus* c. l. p. 265. et aliae ad eumdem, ibid. p. 270. ap. *Gundlingium* c. l. p. 279. et supra Tomo *1*. p. 16. 17.
4) Ad *Mart. Iarrium*; *Donellus* c. l. p. 276. et supra, Tomo I. 19.
5) Ad *I. Lipsium*; *in Petr. Burmanni* sylloge epistolarum a viris illustribus scriptarum, Tom. I. p. 304.
6) Ad Casp. Paumgartnerum, Vid. Casp. Paumgartneri orat. in Donellum, in calce.
7) Ad Dn. Hieron. Paumgartnerum, duae in manuscripto.
8) Ad Dominos Scholarchas Norimbergenses, quarum plures in manuscripto hic loci asservantur.

AB ALIIS

Ad Donellum scriptae epistolae autem innotuerunt nobis.

1) Nic. Cisneri, in Cisneri opusc. p. 948. et in Buderi nota 12. supra Tomo 1. p. 7.
2) Petr. Fabri, ap. Donellum c. l. p. 285. et supra, Tomo 1. p. 20.
3) Alb. Gentilis epistola, in qua consulit Donellum de verbis conjunctis; conf. Donellus c. l. p. 210. et Gudius p. 335; duae aliae ad Donellum ap. Gudium p. 337.
4) Hub. Giphanii; conf. Gudius, p. 350. 352.
5) Mich. Hospitalis, conf. Donellus c. l. p. 268. Gundling c. l. p. 278. et supra, Tomo 1. p. 17.
6) Casp. Paumgartneri; conf. citatam in Donellum orationem in calc.
7) Hieron. Paumgartneri, Calend. Sept. 1587. epistolam manuscriptam possidemus.
8) Dominorum Scholarcharum Norimb. literae manuscriptae aliquot etiam reperiuntur.

EPISTOLA DEDICATORIA

QUAM

HUGO DONELLUS COMMENTARIIS

IN TITULOS D. DE REBUS CREDITIS ET QUINQUE ALIOS PROXIME CONSEQUENTES PRÆMISIT.

ILLUSTRISSIMO ET MAXIMO PRINCIPI

GUILLELMO, PRINCIPI AURAICO, COMITI NASSOVIO, ETC.

HUGO DONELLUS S.

Inter immortalia tot tantaque merita tua in patriam, Illustrissime Princeps, quæ specat et servat hæc ætas, loquetur sine livore et mirabitur postera, difficile est silere eos quos eadem illa patria, et in hac ipsa commune præsidium et communis salus complexa est. Mirum enim, si quis hic incurrentia in oculos non videt; turpe, si ad quem pertinent et videt, non agnoscit. Me quidem ad quem illa aliquando pervenerunt, juvat aliter et sentire et affectum esse profiteri. Jam pridem enim me et res ipsa, et locus, et tempus docuerunt illustriora omnia esse quam ut non sentiri, majora quam ut sine rubore dissimulari possint; cumque omnibus in rebus ingratitudo per se turpis, tum vero in summis et publicis beneficiis fœdissima est. Et fuit diu tempus, cum ab his locis procul remotis, nobis celebratæ illius administrationis fama et laus ad nos perveniret. Ubi memini omnes, cum magnos Principes, tum prudentes in Republica viros, quos quidem studium partium non teneret; si qui sentirent benignius, eos de ea administratione summa omnia dicere; si qui autem tribuerent minimum, tamen huic duarum maximarum rerum laudem tribuisse, summæ sapientiæ et moderationis, ex quibus illa salus patriæ et commoda quæ ferebantur, extitissent. Et ego qui illa audiebem, feci jam tum quod privatis etiam, iisque remotissimis et alienissimis solet accidere, virtutem absentem nimirum colui tacitus, et cum bene precantibus vota conjunxi. Quis est enim qui præstanti atque illustri virtute, ac præsertim magnorum Principum non commoveatur? quis est qui non faveat animis, et magnis ac salutaribus ausis non optet felices et jucundos successus? Sed tamen audiebamus illa tantum,

et si quid iu illo mari tranquillitatis esset aut fluctuum, procul e terras pectabamus. Postquam autem me Deus transtulit in hæc loca, vocantibus iis quorum ea potestas erat, et benevola inductione animi tui vel præeunte, vel vocationem prolixissime confirmante; necesse fuit in his versantem, non dico in illa inquirere, sed, vellem nollem, ea videre quæ nisi qui oculos avertunt, non vident. Quæ, si illi qui spectant procul, tamen agnoscunt et prædicant; quid iis faciendum est, qui in re ipsa salvi et libentes, communis salutis jucundos decerpunt fructus; a quibus non virtus sola assensum, sed publicorum bonorum participatio gratitudinem exposcit? Difficile est igitur omnino hic silere eos quos illa occuparunt. Et o felicem patriam, cui Deus oculos et mentem dedit, illa ut videret, et recte æstimaret! Sapientes, non patriæ amantes tantum, amplissimos Ordines, qui non agnoscunt solum et probant, sed etiam grati, certant mutuis animis, atque omni genere officiorum auctorem persequi student; parati, si per æquitatem animi et sapientiam tuam liceat, summa omnia ad unum deferre! Quod si, pro communibus et salutaribus meritis, quemquam gratum animum gerere decet; sentio, Illustrissime Princeps, quo me animo esse oporteat, ad quem eadem illa, pro insita benignitate tua, non ut ad hospitem, sed civem; non ut ad unum aliquem ex cæteris, sed cum præcipuo quodam et dulcissimo benevolentiæ ac favoris tui sensu pervenire voluisti. Dignata est enim Celsitudo tua me putare esse aliquid, et quo die primum vidisti in his locis, complecti ut notum et tuum; quæque benevolæ ac propensæ magnorum Principum significationes esse solent, eas in me prolixe conferre: magnus honos a maximo et gravissimo Principe; sed in quo, quo minus meriti mei est, eo magis intelligo quantum debeam benevolentiæ. Pudeat quemquam et communium illorum cum patria, et privatorum horum privato sensu non affici; cumque omnia ad gratitudinem invitent, hæc eadem, cum liceat et ubicumque liceat, non agnoscere ac profiteri. A qua labe, ut si quisquam, cupio abesse, et aberit, Deo dante, vita mea quam longissime, quin desierit officii ratio prius quam hic sensus, quamque in hoc sensu nominis tui et meritorum in omnes gloria atque prædicatio apud me conticescat. Liceat modo hunc animum apud Celsitudinem tuam recte testari, eveniatque utinam hæc ipsa testatio judicio tuo non ingrata. Non enim profecto quæ in te, maxime Princeps, de omnibus bene merendi potestas est, eadem et in nobis facultas est, quæ benefeceris, pro merito agnoscendi, aut etiam verbis consequendi. Sed sunt illa amplitudinis tuæ; hæc nostræ tenuitatis, quam tamen scimus non esse æquitatis aut moris tui, dum cum studio atque officio conjunctam, in ullo mortalium aspernari. Afferam igitur ad testationem pro parte virili quod licet, et si desint cætera, saltem hic inscribam; ut qui legent aut audient, quæ cupio summa intelligi: et in virtute habeant, quo ad eam

amandam et amplectendam pari benevolentia ducantur; et in testimonio civium atque hospitum qui loqui possunt, memori et grata pietate delectentur. Quod genus si sæpe præstitimus aliis, voluntate suscepto magis quam necessario officio; non convenit omnino iis non reddere, quibus non jam inductione animi, sed certo officio vere omnia debeantur. Ac ne illud quidem consentaneum est privatos, cum benefecerint, cupere gratiam beneficii rependi sibi; magnos Principes, cum summa omnia contulerint, non eamdem voluntatem a nobis exspectare. Neque vero alienum fuit his commentariis inscribere; nam qui ex Academia tua primum a nobis prodibant, non videbantur mihi satis verecunde publicum hic accipere posse, sine præfatione honoris qui Academiæ parenti, eique præsenti debebatur. Dixissem, parenti patriæ, nisi propria hæc tua laus esset apud omnes non infensos, ac de Academia nunc ageretur. Dixi autem. Academiam tuam, quæ tibi cum amplissimis Ordinibus est communis; vere tamen consiliis atque auctoritate et studio tuam, quam his rebus extulisti primum, eductam assiduo favore tuo prosequeris et foves, nec minus agnoscis verbis quam re complecteris ut tuam, quam non dubitas in quotidiano sermone filiam appellare. Quid amplius? ferunt ipsi commentarii secum munus quod possunt, Illustrissime Princeps, dicanturque hi, et consecrantur tibi; ut quando tui esse cœperunt, non debeat cuiquam alienum videri, si in re tota tua liceat particulam hanc ut tuam agnoscere. In quo non sum veritus, ne in scriptionis genere, argumenti indignitas Illustrissimum illud nomen tuum dedecoraret. Nam, cum multæ sint res in jure Civili obscuritate difficiles, disputationibus doctorum et literis celebratæ, haud scio an usquam plures sint et minus adhuc expositæ quam in his titulis, in quos hi commentarii C. T. offeruntur; nec vero post tam multos, alia de caussa suscepi hunc laborem de iisdem diligentius scribendi, quam quod res, ut in aliis scriptis nostris, etiam nunc præcipue hanc operam desiderare videbatur. Et habebunt fortasse hi commentarii, si minus quæ ante nos non vidit prior ætas (quæ tamen esse non pauca confido), at certe quæ dilucidius, et ad fontes veri aptius de iisdem rebus disserentia rudes erudire, longius professos monere, doctis non injucunda, Academiæ tuæ nec inutilia nec ingrata esse possint. Importunum munus, dicat aliquis, minimeque conveniens vel principi in alio quovis genere doctrinæ et studiorum versato, vel tempori difficultatibus publicis rerum implicatissimo, in quo a publicis negotiis vix respirandi spatium datur, nedum de literis, de his studiis liceat cogitare. Et metuissem hoc quoque, nisi scirem munus esse ad Principem sapientissimum, cujus sollicitudo in salute patriæ omnes partes Reipublicæ complexa, nullam a se alienam putat; cujus cogitationes sunt et ipsæ occupatissimæ illæ quidem; unam tamen hanc et communem occupationem habent, ut sint in rebus omnibus optimis, et ad

Rempublicam, pertinentibus constituendis tuendisque occupatæ: in his autem, maxime bonæ literæ et præclaræ artes, illæ præcipue quæ Reibub. regendæ et recte administrandæ rationem continent; in quibus est jus civile, atque in jure civili opera nostra. Quid dubitemus autem hæc ipsa ad voluntatem tuam et studium etiam pertinere, qui tam multis rebus in Academia tua assidue testatum facis? quod quidem nemo adhuc, nisi qui te non novit, potuit ignorare. Postremo, patriam meritis tuam fecisti, Illustrissime Princeps, tuam Academiam propioribus et interioribus beneficiis, tuos omnes qui in utraque partem et locum aliquem obtinent. Et omnes, non plane immemores quod in eo vinculo sunt, animo et judicio tales se esse volunt, atque esse se fatentur. Ego, ex immenso illo numero unus, innumeris facultate longe inferior, voluntate nemini concedens. Nulli jure novum aut alienum potest videri, externa hæc nostra venire ad te, et ab iis dicari sua, qui se etiam ipsos tam multo ante Celsitudini dicarunt tuæ: quam ego, ista virtute et meritis felicem, Deum oro ut, quam longe ac potenter extulit, tam velit diu salvam et florentem esse; patriæ autem quam contigit adhuc salutaris, tam liceat ei ad extremum usque, magis ac magis talem intueri.

Vale,

Illustrissime Princeps,

Lugduni Batavorum, Cal. Jul. cIↄ, Iↄ. lxxxi.

EPISTOLA

QUAM

HUGO DONELLUS COMMENTARIO

IN TITULOS DIGESTORUM DE USURIS ET DE NAUTICO FOENORE PRÆPOSUIT.

MICHAELI HOSPITALI

IN AMPLISSIMA PARISIENSI SACRORUM RATIOCINIORUM PRÆFECTURA SUMMO PRÆSIDI

HUGO DONELLUS

S. D.

Cum inter eas artes quibus hæc vita regitur, unum sit è civili sapientia Jus civile, vel cognitione rerum maximum, vel usu et tractatione præstantissimum; idem autem maximis difficultatibus et obscuritatibus, ut hactenus tempora et hominum studia fuerunt, implicitum; cum me penitus a principio ætatis ei studio dedidissem, semper optavi, quæcumque mea aut quantulacumque industria in re præclara esse posset, id mihi Dei beneficio tempus dari, cum in eo excolendo illustrandoque aliquid in commune pro mea parte virili conferre possem. Non enim frustra a sapientissimis hominibus ita didiceram, cum omnis per se opera laudabilis et homine digna sit ea, quæ in aliis juvandis poneretur; tum eorum expetendam, et quodammodo beatam existere solere, qui, cum se honestis studiis et præclaris tradidissent, in eo genere ipso quamplurimis opera sua prodesse potuissent; in eoque assequendo hactenus mea cura et cogitatio versata est. Quod cum mihi nondum satis, aut per ætatem aut usum rerum et cognitionem, contigisse arbitrarer, continui me usque antea, neque commisi, ut quod sedulo quidem facerem, non perinde certa fortassis. et explorata ratione facere viderer. Non enim referre unquam putavi, nihilne an aliquid scriberetur, sed si quid, quam utiliter; neque, cum id ageretur ut studio aliquid prodessemus, id suscipiendum fuit in re seria et gravi, ut inani aliqua, aut puerili ostentatione lusisse, vel onerasse putaremur. Nam quæ ratio plerosque ad scribendum hortari solet, ut plus quam cæteri sapere aut plura scisse,

quia scripserint existimentur, eam ego, qui facile patior talem me haberi qualis sim, præut est falsæ de se et præposteræ existimationis inscitia atque odium, semper contempsi; nec quid alii de nobis existimarent, aut quid multi facerent, sed quid deceret, mihi præcipue spectandum putavi. Non igitur, si quid chartis illinere possemus, continuo id publicum accipere juberemus, sed expectare, dum illa, quæcunque essent, maturitatem essent assecuta, et judicium adesset; cum et multa ætas posterior de superiore ratione admat, et illa quæ præcesserunt, sæpissime improbet, atque inania etiam et stulta esse fateatur. Quamobrem, dum cupio nostra, quam ad rem pararentur, in ea re ipsa frugis aliquid afferre, nec illa doctorum hominum judicio penitus improbari; facile hanc cogitationem animo insidere mihi patiebar, ne quid adhuc scriberem; et hanc tandem concedens multis, me ipse tamen nonnulla futuri temporis spe et expectatione sustinebam. Sed, cum huc usque studio progressus essem ut posse aliquibus putarer, esset autem hoc munus docendi juris in Republ. nostram, in quo jam nonnullos annos cum aliqua fortasse expectatione versor, in quo si quid præstemus ipsi, id obscurum esse non possit; non putavi nobis recusandum esse diutius, quin, si quid in hac quotidiana exercitatione a nobis expectaretur, id publicum esse pateremur; scilicet, ut in quo hominibus nostris satisfacere vellemus, daremus operam ut in eo ad quamplurimos opera nostra perveniret. Neque enim conveniebat ut, cujus vox ex hoc loco audiretur, eorum qui abessent longius judicium reformidaremus; neque, ut illud cavendum fuit, ut rebus omnibus imparati ad hanc rem accederemus, sic cum aliquid præstare deberemus, postulare debuimus perfectum id ut esset, aut in arce, tamquam Minerva Phydiæ collocaretur. Itaque cessi, et me jam tandem aliorum studiis atque utilitatibus, si quæ ex nostris percipi possent, permisi. Id, cum mea voluntate incitatus feci libenter, tum vero te auctore, ampliss. Hospitalis, atque inducente maxime, hoc curriculum ingressus, nonnullas caussas ut id facerem, abs te me habere sum arbitratus judicii voluntatisque tuæ. Non quo existimem his rebus judicium illud; si quod de me tuum esset, tueri me aut probare hominibus posse: quid est enim quod magnopere efficere ipsi potuimus? sed tamen quæcumque opera nostra futura est, intelligent homines illustrissimæ ac nobilissimæ, Principis Margaritæ Biturigum Ducis auspiciis, item judicio gravissimo Clarissimi viri Michaelis Hospitalis, qui illi a consiliis præsidet, eos homines Biturigibus hæc studia esse professos, quorum alii Jus civile omnibus literis ornaverint, auxerint, quorum vita, et literæ nunc spirant; alii ad eam facultatem, ut aliquid conarentur, voluntate quam proxime accesserint; quo in numero ego me esse profiteor. Atque utinam tantum studio contendere possimus, ut ne, si quid tu

de nobis existimasti, judicio isto tuo prorsus indigni fuisse videamur. Me quidem hoc delectabit, si quem forte exitum voluntas nostra habitura est, non tam me re ipsa, quam tali auctore aliquid prodesse potuisse. Id etsi intelligo non multum existere posse; tamen, cum ita, ut dixi, nati simus, ut communes utilitates in medium conferre debeamus et hæc opera de nobis in hac statione requiratur, statui me in his rebus ingenii, si quod in me est, atque industræ fructum præcipue quærere oportere. Quod cum mihi proposuissem, misi ad te hoc tempore rationem aliquam commentationum nostrarum in eam partem Juris quæ est De usuris, De fructibus et mora; rebus, ut tu nosti, ut utilissimis, sic quæ in multorum literis et disputationibus versatæ sint. Sed cum res essent cognitu dignissimæ, esset autem mea ratio in hoc genere ab aliis nonnihil, atque haud scio, an multum sejuncta fortassis; consulto feci, ut de rebus utilibus nec satis cognitis, qui meus esset sensus juventuti aperirem. In quibus explicandis id sum secutus, non ut quidquam ex iis quæ ab aliis dicta essent, ad aliquam ingenii ostentationem repeteretur, quod necesse non fuit; sed ut quæ his libris Romani Juris continentur, quæ ad hanc rem pertinerent, quatenus in nobis esset, distincte atque ordine, ad ejus ipsius Juris in quo versamur, explicationem quam simplicissime traderentur. Quid effecerim, vel potius quid efficere voluerim, tuum judicium atque etiam omnium, quamvis me recusante, futurum est. Mihi quidem non multum id esse persuadeo. Spero tamen, quidquid id est, studiosos Juris, si qui harum rerum studio tenebuntur, vel ad faciliorem earum rerum quæ in hac cognitione positæ sunt, comprehensionem et viam, vel ad eorum quæ spinosius in hoc genere sunt, tradita, (quæ multa sunt) cognitionem, nonnihil adjumenti his legendis esse adepturos. Quæ ego nomini tuo dedi dicavique, clariss. Hospitalis, tibique inscripta ad te misi; non illa quidem digna vel isto nomine, vel quæ tibi potissimum legenda offerrentur, sed tamen ejusmodi quæ, ut maxime recusem, se ultro tua esse dicunt; sunt enim ab eo profecta, qui se et sua, non studia modo, sed cætera omnia tua esse fateatur. Itaque sive tu probabis, sive improbabis, tua tamen ista futura sunt eadem lege qua cætera quæ in rebus nostris habentur: ut, si placent, maneant; sin aliter, jus sit abjicere.

Vale,

Bituricibus.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TIT. D. AD LEGEM AQUILIAM.

CAPUT I.

SUMMARIA.

1. *Cujus rei gratia lata sit L. Aquilia, et quæ illius capita, et n. 2.*
2. *Tractationis methodus, et quid caussam dederit L. Aquiliæ.*
3. Ruptum *quid significet in L. Aquilia.*
4. *Item quid* ruptum injuria*; et quæ hic injuriæ vis et significatio.*
5. *Hac L. notari vel levissimam culpam: Hinc quid sit culpa, an quis in culpa sit aut secus quomodo dignoscatur.*
6. *Ex facto quomodo æstimetur culpa; et quæ distinguendi ratio. Obiter quæ jure civili et naturali liceant et n.* 7. et seq.
8. *Quatenus defensio vitæ aut rei nostræ permittatur a jure.*
9. *Quando in culpa non sit qui casu alium læsit; exempla hujusmodi.*
10. *Summa rerum.*
11. *An imperitia et infirmitas culpæ adnumerentur,* et n. 12.
13. *An lusus excusationem habeat.*
14. *Num magistri potestas in castigando L. Aquilia coerceatur, et quando.*
15. *Alia rerum collectio et conclusio.*

Qui nunc explicatur Titulus ad Legem
Aquiliam, cur hoc loco sit positus, nulla mi-
hi ratio idonea succurrit. Et nihil magno-
pere attinet quærere. De ea ipsa videamus.
1 † Lex Aquilia lata est de damno dato per-
sequendo, *L. 1. D. hoc tit.* Ejus verba quæ
sint, intelligi potest ex his capitibus quæ
referentur, *eod. tit.* Caput primum legis,
exstat, *L. 2. D. eod.* Caput tertium, *L. si
servos.* 27. *§. tertio. D. eod.* Secundum in
desuetudinem abiit, *d. L. si servus.* Legis
interpretatio quærenda est, in qua uterque
Titulus *Cod. et Digest.* versatur. Res longa
2 est, et ad † certa genera et capita revocanda
est. Primum, in lege hoc observandum est,
quæ caussa faciat huic legi locum, ut hac
interveniente agere liceat; non interveniente, non liceat. Caussa est hæc, quantum ex
utroque capite intelligere possumus: si
quis aut occiderit quid alieni, aut ruperit
injuria. Primum caput est de occiso. Ter-
tium caput est de re rupta. Quid sit occi-
dere notum est: quid rumpere non item.
Rumpere † in hac lege sic veteres accepe- 3
runt, corrumpere. *L. si servus, §. inquit.
lex, D. eod.* Corrumpere autem est rem mu-
tare in deterius quovis facto (vel quod idem
valet) rem deteriorem facere. Hæc definitio
colligitur ex *d. L. si servus, §. inquit. in
fin.* Exempla ejusdem legis omnia usque ad
finem, ad hanc definitionem pertinent. Ex
hac definitione colligitur, non statim si
quid ruptum sit, huic legi esse locum, sed
ita si ruptum fit deterius, idest corruptum;

denique Legem Aquiliam ad damnum tantum pertinere. Exemplum : si quis fructus immaturos desecuerit, is rupit; L. tamen Aquilia non tenetur, nullum enim damnum est. Idem si animal castraverit. *L. si servus, §. si olivam et si puerum, eod.* Non
4 est satis: oportet † ruptum esse quid injuria, ut utroque capite expressum est. Injuria hic quomodo accipitur ? Injuria duo hic significat : alias contumeliam, alias generaliter quidquid non jure fit. *L. 1. D. de injuriis.* In hac lege sic accipimus : injuria ruptum, idest non jure, sive (quod idem est) cum culpa, *L. 5. §. injuriam, D. eod.* Id quomodo est intellectum a veteribus Jurisconsultis ? Ex adjuncto; Lex enim ait : si quis occiderit injuria, si quis ruperit injuria. Verbum *injuria* relatum est in *L.* ad res alienas; contumelia autem ad personæ dignitatem pertinet: est enim contumelia, a contemnendo, quidquid contemptum alterius habet, *L. 1. D. de injur.* Ex quo intelligitur contumeliam in hac lege non notari.

Ex eo quod culpam significari in hac lege dicimus, intelligitur hac lege non eos tantum teneri qui dolo quid faciunt, sed et qui culpa alicui nocent, *L. 5. §. inju-*
5 *riam, D. eod.* Plus dicimus; etiam † si levissima culpa sit, id hac lege teneri. *L. in lege, D. eod.* Hinc quærendum est quid culpa factum videatur. Hic est locus in quo maxima pars disputationum juris auctorum his titulis versatur. Culpa peccatum est, culpa factum est, si prævideri periculum potuit, neque prævisum est : nisi quæ res factum defendat. Quæ res defendat a culpa, quæritur, idque explicandum est. An quis culpa non fecerit, duabus ex rebus æstimandum est; ex persona facientis, et ex genere facti. Ex persona facientis, si nulla intelligentia, nullum judicium personæ fuit ; ut si furiosus, aut infans, aut impubes qui doli capax non sit, damnum dederit, *L. 5. §.*
6 *et ideo, eod.* Ex facto † æstimandum est secundum hanc distinctionem ; videndum est, cum quis fecit, utrum an in potestate ejus fuerit non facere, an vero non fuerit: si non fuit in ejus potestate, culpa caret, quia non est quod imputetur ei qui, si vellet cavere, non potuit. Talis est qui impulsus ab alio, damnum dedit; hic *L. Aquilia* non tenebitur, *L. 7. §. proinde, D. eod. tit.* quia non potuit efficere ne ab alio impelleretur; aut alio impulsus, ne occideret. Si in potestate facientis fuit ne faceret, videndum est utrum data opera fecerit, an vero alio consilio factum, casu alii nocuerit. Si data opera factum est, nulla hic excusatio est facti, nisi dicat a se jure factum. Hinc quæritur, quid † jure fieri ad perni- 7
ciem alterius intelligatur. Quædam jure civili adversus alios licent, quædam vero naturali ; Civili jure duo dumtaxat ; licet marito in adulterio deprehensum occidere: ergo qui servum in adulterio deprehensum occidit, non tenebitur L. Aquilia, *L. qui occidit, D. eod.* Item, L. 12. tab. licet occidere nocturnum furem simpliciter, diurnum ita si se telo defendat; utrumque hac lege, si is qui occidit, rem clamore testificetur. *L. 4. D. eod.* Naturali jure licet, si quid ex defensione necessaria factum est ; in quo ita licet definire: Quidquid fit ad defensionem vel nostram, vel rerum nostrarum, cum aliter periculum effugere non possumus jure utrumque fieri existimatur. Ad defensionem nostram; ut si adversus insidiatorem factum defendendi caussa sit, non ulciscendi, *L. 4. in princ. h. tit. L. scientiam, §. qui cum aliter, eod.* Ad defensionem rerum nostrarum ; cujusmodi hæc exempla sunt, ut liceat, incendii arcendi caussa, vicini ædes intercidere ut periculum effugiamus. *L. si quis fumo, §. 1 eod.* Congruit *L. si olius. §. est et alia D. quod vi aut clam.* Item, ut liceat funes præcidere, si navis in nostram impulsa vi tempestatis sit, et res aliter expediri non possit, *L. quemodmodum, §. Item Labeo, D. eod.* Sed hic notandum est, ita demum † 8
jure permitti defensionem, si defensio necessaria fuit. Quid si non fuit necessaria ? Exemplum: duo, animi caussa, certamen vel colluctationem susceperunt ; certamine suscepto, non est integrum ne se defendant : si in hoc certamine alius alium lædat, an jure faciet ? Placet ita demum jure fieri, si fuit certamen publicum, institutum in civitate solemni jure. *L. 5. §. si quis in coll. D. eod.* Ex quo colligitur, si privatum certamen fuit, nullam culpæ esse defensionem; quia, etiamsi defensio fuit necessaria, fuit tamen in potestate utriusque certamen non suscipere. Et hac definitione hoc rursum colligitur, ubi periculum sine damno alieno vitare potui, non licere rem alienam corrumpere, etiamsi injuriam ab ea accipiamus. Hoc diximus propter animalia, exempli gratia, quæ in nostro agro deprehensa sunt, et depascendo arbores, nocent vitibus. In his hæc regula est, non posse nos ea ejicere, nisi ubi nostra animalia ejiceremus: non licet ea offendere aut vulnerare, *L. Quintum, D. eod.* Præterea natura jure fit quidquid a nobis in nostro fit. Ideo aliquid in nostro positum licebit præcidere : si in alieno est, non licebit. *L. quemadmodum, §. 1. cod.*

Hæc sunt quæ jure licent, si quis data opera fecerit. Si quis alio consilio fecit, ve-
9 rum † casu alium læsit, hic duplex defensio est. In re casu facta, una: si is qui fecit, periculum providere non potuit in ea re; tale est, si quis ramum ex arbore dejecerit in eum locum ubi nullum esset iter. Ea res declarat non potuisse eum divinare utrum quis eo venturus esset, *L. si putator, in fin. eod.* Altera defensio est, si in eo qui læsus est, culpa sit cur læsus sit; idest, si periculum vitare potuit, neque fecit; quæ definitio recte colligitur ex *L. qui foveas, in fin. d. L. si putator.* Huc pertinet regula juris; Qui sua culpa damnum sentit, sentire non videtur, *L. quod quis sua, de Reg. Jur.* In hoc genere est is cui denunciatum est tempestive ita, ut casum vitare posset; veluti si tegula dejecta sit, et is qui dejecit, tempestive proclamaverit, ut casus evitari posset, *L. si putator, §. 1. eod.* In hoc genere est præterea, qui in aliquo loco scivit rem consuetam et licitam fieri, eamque periculosam; idque cum sciret, in eum locum venit temere: si læsus est, culpa ejus est qui cavere potuerit; qui læsit, non tenebitur. Talis est qui, hominibus in campo jaculatorio jaculantibus, intempestive eo venit: qui eum læsit, non tenebitur, *L. 9. in fin. D. hoc tit.* Talis est qui in eum locum venit, ubi foveæ factæ essent, si modo ex consuetudine fieri solebant, et in eas decidit, *L. qui foveas hoc tit.* Talis est quoque, qui tonsori in loco publico tondenti se commisit, si forte tonsor a prætereuntibus impulsus eum læserit, *L. 11. in pr. eod.*

10 Ex his hæc † summa est. Si is qui intelligentiæ capax est, quid fecerit, culpa ejus est hoc ipso quod fecit, si ea re damnum dedit; nisi qua re excusetur. Quatuor hæc culpam removent. Primum, si non fuit in potestate ejus non facere. Secundo, si fuit in potestate ejus, et data opera fecit, verum jure fecit. Tertio, si casu fecit, sed divinare non potuit eum casum evenire posse. Postremo, si in eo qui læsus est, culpa est cur læsus sit. Diximus quæ justæ caussæ essent ad culpam removendam. Ex his dubitatum de quatuor, in quibus quæritur sitne justa defensio ad culpam deprecandam.
11 Primum, † si quis imperite aliquid fecerit, ut si medicus imperite secuerit. Deinde, si
12 quis quidem † per infirmitatem fecerit; ut si ideo læserit, quia equum ferocem retinere non potuerit; si ideo læserit, quia plus æquo oneratus, onus dejecerit. Utrum imperitia culpæ assignanda sit, utrum infirmitas quæritur. Dubitationis caussa est hæc: non enim omnes omnia scire possumus, neque cogimur. Infirmitas habet necessitatem naturæ; non enim potuimus cavere quod per infirmitatem virium fecimus. De his rebus ita videtur utrique culpæ assignandum, et quod per imperitiam peccatum est, et quod per infirmitatem. Sunt exempla *§. præterea, Inst. eod. L. 7. §. 1. L. 8, D. eod.* Ratio est hæc adversus superiorem dubitationem, quia ipsa imperitia et infirmitas culpa est. Illud in culpa est, suscepisse id in quo scires imperitiam aut infirmitatem tuam alteri periculosam fore, *L. 8. eod.*
Tertio dubitatum est, num † lusus damni 13
excusationem habeat. Placuit non habere, *L. nam lusus, D. eod.* Cur? quia fuit in potestate nostra ludum non suscipere. Postremo de eo dubitatum est, habeatne justam de-
fensionem damni potestas † magistri, si præ- 14
ceptor vehementius animadvertat in discipulum. Dubitatio ex potestate præceptoris; nam castigatio præceptori conceditur, aliter docere non potest. Placet hic nullam esse excusationem. Inde illud dictum est: *præceptoris nimia sævitia culpæ assignatur*, in *L. 6. D. eod.* Nimiam quam intelligimus? eamdem quam noxiam: scilicet nimia est ubicumque sæviendo damnum dat, ut si eluscet, corrumpat aut perfundat oculum. Hoc colligitur ex *L. 5. in fin.* ubi dicitur præceptorem teneri ob oculum percussum. Ex quo colligitur idem esse de omnibus damnis, quia lex Aquilia omnia damna persequitur. Ex eadem definitione colligitur, præceptores plagosos qui nimis verberant adolescentes, non recte facere: quia nimia sævitia interdum corrumpunt et exacerbant adolescentes. Veruntamen, si fecerint citra corruptionem, nullam esse actionem. Non est Aquiliæ actio, ubi damnum non est: non est injuriarum, quia quod docendi et emendandi caussa fit, non fit contumeliæ, *L. 5.*
in fin. D. eod. Ex his omnibus rursum † 15
colligam quid sit in culpa esse, si ex aliquo facto periculum esse potuit, idque provideri potuit ex præsenti statu rerum. In culpa est qui fecit, nisi necessitate aliqua periculi coactus fecerit. Ob eam caussam *L. Aquilia* tenetur, si damnum dederit, nisi qua culpa sit in eo qui læsus est, cum periculum vitare posset. Ex hanc definitione intelligitur quomodo præcedentes caussæ non habeant justam excusationem. Secundus locus in *L.* animadvertendus est.

CAP. II.

Cui Actio lege constituta sit.

SUMMARIUM.

1. *Actionem L. Aquiliæ domino tantum, competere.*
2. *Quid, si res dominum non habeat.*
3. *Quid, si hereditaria res sit.*
4. *Libero homine læso, competit illi L. Aquiliæ actio non directa, sed utilis.*
5. *Re legata occisa vel læsa, cui actio competat, heredi, an legatario.*
6. *Emendata lectio Pand. Florent. in* §. ult. L. liber homo 23. D. eod.
7. *Soli domino competit actio L. Aquil. non alii*
8. *Quinam excipiuntur.*

1 Apparet † domino esse constitutam ex capite legis primo, *L.* 2. *D. eod.* ubi dicitur: *tantum domino dare damnas esto.* Huc pertinet *L. item metu,* §. *legis autem. eod.* Ex
2 hoc verbo duo efficiuntur; primo, † si ea res rupta sit quæ dominum non habeat, legis Aquiliæ actionem non fore. Hinc duo quæ-
3 sita; primo, quid, *si* in re † hereditaria damnum datum sit? Dubitationis caussa, quia eo tempore nullus dominus est: nunc heres hereditatem adivit; lex autem Aquilia domino actionem constituit. Hæc quæstio expedita est, nam hereditas pro domino est. *L. hereditas, D. de acquir. rer. dom.* Idcirco hereditati actio acquiritur, hereditate adita, et heredi per hereditatem. Locus hic tractatur in *L. liber,* 23. §. *si servus, et L. ob id, D. eod. tit.* Rursum hoc quæsitum est: quid,
4 si † liber homo læsus sit, et liberi hominis membrum ruptum; eum constet liberi hominis nullum damnum esse? In hac re visum est, libero homine læso, ipsi directam actionem non competere; utilem competere. *L. liber homo, in princ. D. eod. tit.* Cur liber non habet directam? Quia, inquit Ulpianus, *non est dominus suorum membrorum L. liber*; lex autem domino actionem esse voluit. Non esse dominum suorum membrorum, colligitur ex contrariis; quia, ut aliquis sit dominus et possessor, necesse est duo esse, eum qui possidet, et rem quæ habeatur: item dominum esse, et eum qui serviat. At nemo harum duarum rerum personam sustinere potest, alioqui consequetur absurdissimum, ut idem sibi ipsi sit dominus et servus; Probatur: Est aliquis dominus sui; ergo eatenus servus est. Pertinet huc quod scribitur de persona magistratus, *L. Ille a quo,* §. *ultim. D. ad Trebell.* Cur habet utilem liber homo? quia lex Aquilia ruptionem vindicat. Parum igitur refert ad sententiam legis, utrum quis experiatur in re sua an in eo quod sit ipse. Est ex mente legis actio: hac actione duo consequitur liber homo; primum impensas quas fecit in curatione; deinde operas quibus caruit: item cautionem propter vulnus acceptum, *L.* 7. *in princ. D. eod. L. ult. D. de his, qui dejecer. vel effuder.* Hic notandum est, filiofamilias læso, patri eamdem actionem fore, *L.* 5. §. *ult. L.* 7. §. 1. *D. eod.* Hoc igitur primum efficitur ex superiori verbo.

Secundum ex eodem verbo legis efficitur, si res rupta dominum habuit, huic soli actionem fore. Hinc illæ quæstiones sunt de re legata occisa aut læsa, utri † actio competat, heredi an legatario. Quæ quæstio in eo est, uter sit dominus. Tractatur in *L. liber homo, in fin. et duabus legibus sequentibus, in L. Titio* et *LL. duabus sequentibus.* Illud obiter notandum: in *L. liber homo in fine,* manifestum mendum est; in Pand. Flor. verba hæc sunt; *Si non post mortem cognovit*, ut *sit* sensus: ita demum legatario competet actio, *si* antequam servus sit mortuus, legatarius agnoverit legatum. Legendum est † pro *non, si modo post mortem:* facile fuit erratum; ex *non* fit *modo,* si apicem super scribas: sic legitur in vetustis, qui jam diu fuerunt impressi Lugduni, sed nihil facit vetustas; rem videamus. Hæc mihi caussæ sunt mutandæ lectionis: legatarius, quandocumque legatum agnoverit, retro dominus fuisse intelligitur, *L. legatum, de legat.* 2.; deinde, si post mortem servi legatum agnosci non potest, male Ulpianus subjicit: *si autem repudiaverit;* ratio, quia si agnosci post mortem non potest, neque repudiari, *L. is potest, D. de acq. hereditat.*; tertio, si legatarius ante mortem servi legatum agnovisset, tolleretur omnis dubitatio. Nemo dubitaret quin ipsi le-

gatario competeret actio, de quo Jurisconsultus dubitat.

7 Recte igitur admonemur, soli † domino competere actionem. Hoc ad quid monendum est? ut intelligamus non competere his qui domini non sunt, etiamsi eorum intersit; exempli caussa: res commodata, rupta est, non erit actio commodatarii, *L. item Mela, §. penult. D. eod.* Id secus est in actione furti, *§. furti, Instit. de oblig.*

8 *ex. del.* Hic tres personæ † excipiuntur, quibus non directa quidem datur, sed utilis, cum illorum intersit. Primo, bonæ fidei possessor; deinde fructuarius actionem habet utilem, *L. item Mela, §. penult. D. eod.* Tertio, creditor cui res pignori opposita est, si rem salvam aliter habere non potest, *L. si dominus, L. qui occidit, §. 1. D. eod.* Cur istis potissimum datur, cum sint alii infiniti, quorum interesse potest? Respondeo: Quia bonæ fidei possessor, in fructibus percipiendis loco domini est, suos enim facit, *L. qui scit, §. 1. D. de usur.* Eodem jure est fructuarius. Creditor, ut suum consequatur, domini quodammodo loco est in re pignori obligata. Hinc est quod rem suo jure distrahit, ejusque dominium transfert, *L. non est novum, D. de acquir. rer. dom.* Tertius locus in lege animadvertendus est.

CAP. III.

In quem constituta actio.

21

SUMMARIA.

1. *L. Aquiliæ actione tenetur qui occidit aut rupit; qui caussam damno dedit, actione in factum.*
2. *Quot modis quis aliquid rupisse dicatur.*
3. *Item quot modis caussam damni aliquis dedisse intelligatur.*
4. *Quid in proposita re differat actio L. Aquiliæ ab actione in factum.*
5. *Quot modis per alios quis rupisse dicatur.*
6. *An si plures ruperint, uno solvente, cæteri liberentur.*
7. *Quid, si plures unius servi ruperint? an singulorum nomine teneatur dominus.*

Actio constituta est in eum qui rupit. Id quæritur, quis ruperit. Hic locus non est idem cum primo quem explicavimus, quia fieri potest ut constet aliquid ruptum esse, dubitetur quis ruperit; hoc nunc quærimus, quis ruperit? Dubitatio ex eo, quod non quisquis rem attingit, solus rumpit. Fieri potest ut aliquis in caussa sit quamobrem res rupta sit, et tamen non ruperit, aut contra ruperit: unde quæstio, an quisquis caussam damni dat, videatur rupisse, et hac lege teneatur. Principio de hac re

1 regula traditur, solum † hac lege teneri qui occidit, rupitve, *L. ita vulneratus, D. ad Legem Aquil.*: porro, multum interesse utrum quis ruperit, an caussam damni dederit; qui caussam damni dedit, hac lege non teneri, sed in factum actione, *L. 7. §. sed etsi, D. eod. L. ita vulneratus, D. eod.* Hoc igitur explicandum est, quod inter u-

2 trumque intersit. Certum est † eum rupisse, qui vi et manu adhibita rupit. Præter hunc, rupisse generaliter existimandus est is, a cujus manu vel corpore profectum est id quod rupit seu damnum dedit. Cujus generis sunt hæc; si telum manu emissum fuerit, si quis quod tenebat, miserit voluntate sua, cum retinere posset, *L. si ex plagis, §. nam nihilominus, L. quemadmodum, §. si manu sua, D. eod.* Cujus et generis, si quis id posuit, quod decidens, damnum dederit, ut si ex plaustro lapis cadat, plaustrarius tenetur, *L. si servus servum, §. si ex plaustro, D. eod.*, lapis enim ab eo positus est. Postremo, si quis quid fecit in quod alius incidens damnum sentit, ut si foveas fecit ubi non oportebat, *L. qui foveos, D. eod.*

Contra vero, caussam damni dedisse intelligitur, quoties aliena vi res rupta est, aliquis autem vi externæ initium et caussam dedit. Hæc definitio obscurior generibus explicatur † his, quantum notare potui. 3

Primum genus est eorum qui occasionem damni dant, non damnum. Si quis efficiat ut reus sua vi se interimat aut lædat. Exemplum: si quis animal agitaverit, ut se præcipitaret, *§. ult. Inst. eod.* Item aliud: si quis venenum pro medicamento dederit, ut quis ipse sibi offerret. Aliud est: si quis propinet venenum, *L. 8. L. 9. in prin. supr. eod. tit.*

Secundum genus est, si quis effecerit ut,
nulla vi externa adhibita, sponte sua natu-
rali extinguatur; quod genus, si animal
vel hominem inclusum, fame necaverit, *L.*
9. §. *si quis hominem, L. boves, D. eod. tit.*
§. *ult. Inst. eod.* Tertium genus est, si quis
effecerit ut ab alio quis occideretur vel læ-
deretur. Talis est, cujus impulsu alius læsus
est, seu aliquem occidit; nam qui impulsus
est, non tenetur; qui impulit, in factum te-
netur. *L. 7. §. proinde, D. eodem.* Talis est
qui, alio interimente, occisum tenuit, L. 22.
§. *si alius, D. eod.* Talis est qui canem irri-
tavit, fecitque ut alium morderet, *L.* 22. §.
Item cum eo, supr. eod. Postremum genus
est, si quis rem aliquam rupit, qua rupta,
alia sua sponte rupta est; nam in poste-
riore caussa damni datur. Exemplum: si
victor dolium pertuderit et vinum effusum
sit; victor dolum rupit, in vino non dedit
damnum, sed caussam damni; et ideo in
factum tenetur, *L. si servus, §. ult. D. eod.*
tit.

Diximus quis damnum dedisse intellige-
retur, quis occasionem damni, et quantum
inter utrumque intersit. Frustra, dixerit ali-
quis, Jurisconsulti in hac re laborant; quia
qui damni caussam dedit, etiamsi directa
actione non tenetur, in factum actione tene-
tur, ut apparet ex omnibus locis quos in
hanc definitionem adduxi. Nihil autem ma-
gnopere refert quæ actio sit, modo aliqua
competat. Adde quod hæc actio in factum
est utilis ex *L.* Aquilia; quod probabitur ex
contentione horum locorum, §. *ultim. Inst.*
de L. Aquil. l. liber. 13. et similibus locis,
D. eod. tit. At directa et utilis actio eamdem
potestatem habent, *L. antepenult. de neg.*
gest. Frustra igitur in hac differentia expli-
canda tantopere laborant. Resp: Directa et in
factum actio, et utilis eamdem vim habent,
quoties idem persequuntur; formula enim
tantum interest, res eadem est. At in pro-
4 posito, † actio ex *L.* Aquilia longe aliud
persequitur quam actio in factum. Ex *L.*
Aquilia actio pœnam persequitur, de qua
mox dicam, nempe duplum adversus infi-
ciantem, item æstimationem præteriti tem-
poris: at in factum actio nihil nisi dam-
num persequitur. Probatur ex verbo; dicitur
enim in factum quæ comparata est in id quod
factum est, non amplius. Præterea actio
præscriptis verbis nihil aliud persequitur
quam quod interest, *L. naturalis, §. 2. de*
præscr. verb. inf. at in factum actio idem va-
let; unde eodem nomine actio in factum
appellatur, *L. 1. et seq. supr. de præscript.*
verb. Hoc est, quamobrem Jurisconsulti de
hoc disputant.

Rumpitur res non solum per nos, sed e-
tiam † per alios. Per nos notum est; per 5
alios ita: primo per eum qui mandavit ut
quid rumperetur, ut in omnibus delictis ac-
cidit. *L. liber, 2. D. eod. L. 1. §. dejecisse,*
D. unde vi. Secundo, cujus servi ruperunt,
aut alii quos ad rem tractandam adhibuit,
cum noxios esse sciret. Exemplum in *L. si*
servus, §. Proculus, D. eod. Tertio, cujus ser-
vus corrupit, sciente domino et patiente;
nam videtur rupisse qui passus est, cum pos-
set prohibere. *L. in lege. 44. in fine* et *L.*
sequent. supr. eod. tit. In hoc loco hæc dubi-
tatio incurrit: qui rupit, tenetur L. Aquilia;
quid si plures † ruperint? Exemplum: plu- 6
res lapidem provolverunt, plaustrum impu-
lerunt, trabem dejecerunt; utrum omnes
tenentur? Visum est omnes teneri, quasi
damnum dederint. *L. item Mela, §. si plures*
D. eod. Sequens quæstio: si omnes tenentur,
an uno solvente cæteri liberantur, an om-
nium delinquentium sua obligatio est? Resp.
Omnium sua obligatio est, et uno solvente,
cæteri non liberantur, quia in hac obliga-
tione pœna delicti versatur: omnes autem
deliquisse constat, *L. item Mela, §. sed si*
plur. D. eod., in quo loco similes quam plu-
rimos loco Accursius citat, et bene hanc re-
gulam juris enarrat. Ex hac re alia quæstio
† incidit: plures servi alicujus ruperunt: sa- 7
ne oportet dominum teneri L. Aquilia, vel
ut solvat, vel ut noxæ dedat, *L. si servus, §.*
servi autem. D. eod. Quæro, utrum dominus
singulorum nomine teneatur, an vero semel
duntaxat. Proclivius erat dicere singulorum
nomine teneri, exemplo liberorum. Cajus
respondet, non aliter teneri dominum in
hac re, quam in furto: idest perinde teneri,
quasi liber homo damnum dedisset, *L. illud*
D. ad Legem Aquil. Postremus locus in lege
observandus est.

CAP. IV.

Quid quantumque in hanc actionem veniat, seu in hujus judicii condemnationem.

SUMMARIA.

1. *Qualis æstimatio damni facienda sit in actione L. Aquiliæ.*
2. *Num res ex affectione singulorum an communi sit æstimanda.*
3. *Quomodo facienda æstimatio, cum damnum pendet ex futuro eventu.*
4. *In damno æstimando ex L. Aquilia duo singularia; et quæ?*
5. *Adversus inficiantem in duplo esse condemnationem ex L. Aquilia, si tamen actio in simplum competat adversus confitentem; et hoc quale sit explicatur.*
6. *Quid primum caput L. Aquiliæ cum tertio dissimile habeat.*
7. *Cum plures servum vulnerarunt, qui postea mortuus est, an omnes de occiso teneantur.*
8. *Conciliatur antinomia* §. Celsus, L. item 11. *cum* L. ita vulneratus 52. princ. *vers.* igitur.
9. *An qui pluribus inflictis vulneribus hominem occidit, de vulnerato et occiso an de altero dumtaxat teneatur; et quomodo distinguendum.*
10. *Quid, si vulneratus sed non mortifere, negligentia periit; an vulnerans de occiso teneatur.*
11. *Damnum in rebus integris datum actione in factum L. Aquiliæ subsidiaria coerceri.*

Hic observandum est duo capita legis esse; quorum primum pertinet ad ea quæ,
occisa sunt; tertium ad cætera damna. In
his videndum est primo, quid, utrumque habeat commune cum altero, ne sit necesse inculcare idem in singulis. Deinde quid
1 sit dissimile. Utriusque hoc † est commune
de condemnatione, ut sit actio in id quanti
ea res est quæ rupta vel occisa est. Apparet
ex verbis utriusque capitis; his verbis significatur non æstimatio rei ruptæ, sed damni
dati; inest et rei æstimatio, et utilitatis quæ
propter corruptionem rei amissa est. *L. uit, D. eod. tit. L. si servum. §. penult. D. eod.*
2 Hinc quæstio: si res æstimanda sit, † quid
hac in re sequamur; utrum affectionem cujusque, an æstimationem communem? Placet sequendam esse communem ex *L. si servum. D. eod.* Quid, si † damnum ex futuro
3 eventu pendeat, quæ condemnatio futura
est? Hoc contingit in chyrographo deleto, in
quo aliquid debebatur sub conditione: nam
fieri potest ut conditio existat, fieri potest
ut non existat: interim quid fiet? Deciditur
hæc quæstio *L. lege. 42. D. eod.*
4 In hac æstimatione damni, duo † singularia sunt, præter cæteras actiones. Primum non æstimatur res quanti tunc fuit
cum rupta est, sed quanti fuit etiam præteritis diebus; alias quanti fuit anno toto
proximo; alias 30 diebus. Id quale sit,
explicat Justinianus in §. 1. *de L. Aquilia, Instit.* Hic observanda est primum pœna
legis; nam si quis damnum tantum consequeretur, consequeretur tantum quanti res
fuit cum rupta est, nihil amplius; quia, etiamsi res fuisset antea pluris, tanti dumtaxat
æstimaretur, quanti tunc est cum rupta est.
Deinde hoc singulare in hac condemnatione,
quod res ita æstimatur quanti est, in confitentem; adversus inficiantem, dupli condemnatio est ex omni capite legis Aquiliæ,
L. 2. §. 1, L. inde Neratius. §. hæc actio, D. eod. in quo rursum alia pœna legis est animadvertenda: nam cæteræ actiones non
crescunt inficiatione, imo adversus inficiantes dumtaxat dari solent. Hoc postremum
sic accipitur, † inficiantem in duplum dam 5
nari, si quid re vera ruptum sit; si nihil
ruptum est, inficiatio nihil nocebit ei qui
conveniebatur. De hac ratione diligentius
considerandum est; quia, ut sit duplum,
prius simplum esse oportet. At nullum simplum est ubi nihil ruptum est; ne duplum
quidem igitur. Jurisconsultus in *L. inde Neratius §. ult. et LL. sequentib. D. eod. titul.*
hoc loco objicit: Adversus confitentem actio
est simplum inquimus; sed hæc procedere
non potest adversus falso confitentem; nam
cum nulla actio est, et nullum judicium
esse potest; namque judicii exitus est condemnatio aut absolutio: hic neutrum est; quo

absolvitur qui confitetur, non condemnatur. Item hæc adversus confitentem ita explicanda res est: Judex non datur rei judicandæ caussa, sed æstimandæ, si forte actor pluris litem æstimet quam reus confiteatur. Hæc est ratio et veluti occupatio Ulpiani adversus superiorem objectiunem, *L. proinde* 2. *D. eod. tit.* Hæc communia utriusque capitis.

6 Hoc † dissimile est in utroque capite L. Aquiliæ, quod in primo, servis aut pecudibus occisis, fit condemnatio quanti res fuit anno superiore toto, *L.* 2. *D. eod.* Tertio autem capite, ex cæteris damnis non æstimatur res, nisi quanti fuit triginta diebus proximis. *L. si servus*, §. 3. *D. eod.* Hinc apparet, plurimum interesse utrum pecudes occisæ sint, an ruptæ dumtaxat; itemque, utrum servus sit occisus, an vero ruptus aut vulneratus dumtaxat. Hoc posito, ex hac dissimilitudine utriusque capitis hæ quæstiones natæ

7 sunt: Primum, † plures servum vulnerarunt, qui tandem mortuus est; quæro utrum de occiso, an de vulnerato tantum tenentur, postquam plurium interest? Est de hac re hæc distinctio. Si apparet quis potissimum occiderit, solus hic de occiso tenebitur; cæteri de vulnerato tantum. Id constare potest hoc modo, si tantum unum vulnus sit mortiferum, et constet quis inflixerit: sciunt enim medici quæ sint lethalia; veluti si quis diaphragma, aut cerebrum ruperit. Si non constet quis occiderit, sive singulorum mortiferum non sit vulnus, omnes de occiso tenebuntur. Objiaiet aliquis; atqui fieri non potest ut omnes occiderint. Resp. Hoc constitutum est, ne delicta maneant impunita; si secus statuemus, impunita erunt, *L. item Mela*, §. *Sed si plures, et* §. *sequenti*. Disputatio de hac re tota est Juliani in *d. L. item, D. eod. hic.*

8 Antinomia hæc est: † omnes tamquam de occiso tenentur, inquimus: imo contra; si quis prior mortifere vulneraverit, posterior aliquis exanimaverit; solus posterior de occiso tenebitur, prior de vulnerato, *L. item Mela*, §. *Celsus D. eod.* Contrarium est quod Julianus scribit in *L. ita vulneratus*, §. 1. *D. eod.* Accursius in *L. ita vulneratus* rem ita solvit, in *L. item Mela* non constitisse utrum mortiferum vulnus fuerit. Hoc ridiculum est, nam Jurisconsultus non potuit affirmare esse mortiferum, nisi constaret. Est igitur hæc conciliatio locorum: in *L. item Mela*, §. *Celsus*, qui posterior postea vulneravit, statim occidit; ob eam caussam solus de occiso tenebitur. Ratio, quia hoc effecerit, ut non intelligi potuerit an ex priore vulnere servus moriturus esset. Non idem dicendum est, si mortifere vulneratus, postea obtritus sit ruina, vel naufragio perierit, *L. huic scripturæ*, §. 1. *D. eod.* At in *L. ita vulneratus*, plures quidem mortifere vulnerarunt, sed statim servus non est mortuus, verum ex intervallo post utrumque vulnus. Id apparet ex §. 1. aperte, quia dicit Jurisconsultus non constitisse a quo occisus sit. Hic optima ratio est cur omnes teneantur de occiso, quia non potuit intelligi utrum magis ex priore vulnere an posteriore interfectus fuerit, quia utrumque mortiferum vulnus fuit.

Secundo ex ea re quæsitum † est: quid, 9
si idem plura vulnera inflixerit? utrum tenebitur ex omnibus et de occiso et de vulnerato, an de altero tantum? Distinguendum est: si primo vulneravit quis mortifere; deinde post, ex intervallo occidit, tenebitur dupliciter et de occiso et de vulnerato, quia plura sunt delicta. Quod si semel occiderit, pluribus vulneribus inflictis; tenebitur duntaxat de occiso *L. Illud*, §. *ult. D. h. t.* Postremo quæ-
situm † est: qui mortifere læsus non erat, 10
negligentia deinde periit: qui vulneravit, an de occiso tenebitur. Initium spectandum est, non casus; et ideo de vulnerato dumtaxat tenebitur, non de occiso; verum est enim vulnus non fuisse caussam ejus mortis. *L. qui occidit, in fin. D. eod.* Hæc fere summa est eorum quæ in hac lege observanda sunt.

Ad postremum hoc notandum apparet ex his quæ diximus, non omnia damna L. Aquilia vindicari. Nam L. Aquilia vindicatur tantum cum res deterior facta est: At fieri potest ut re integra damnum patiamur, ut si quis animal nostrum compeditum solverit. Resp. Cum res nobis abest, damnum est, tamen ad legem Aquiliam non pertinet, nam non est rupta: ob hanc caussam, quæritur an tantum hoc damnum sit ex Aquiliæ L. actione; utrum cæterorum damnorum sit Aquilia actio; quod taliter definitur: Quæcunque damna sunt nobis ab aliis, jure civili tenentur; quæ lege Aquilia non vin-
dicantur vel ex verbis vel sententia, † in 11
factum actione tenentur; de hac actione in factum est apud Justinianum *in fin. tit. de L. Aquil. Inst.* Huc pertinet *L. in laqueum, D. de acquir. rer. dom. L. si servum, supr. eod.* Itaque licet ita colligere, duplex damnum esse; unum cum res nostra corrumpitur; alterum, cum, re salva, effectum est ut nobis ea res abesset. Exemplum, illud quo supra usi sumus: aliud exemplum, si quis nummos mihi excusserit de manibus, ut ad alium pervenirent, *L. si servus*, §. *si quis, D. eod.* Si quid ruptum est et aliquis rupit, L. Aquilia tenetur:

si caussam rumpendi dedit, tenetur ex sententia legis. Actio in hoc genere est in factum; eadem utilis, *L. boves, supr. ad L. Aquil. §. ult. Instit. de Aquil.* Rebus autem integris, *in factum* actio est, non utilis. Id sic interpretamur, in factum; nata ex jurisdictione prætorum, non ex interpretatione legis effecta, *L. quia actionum, D. de præscrpt. verb.*

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TIT. DIG. DE REB. CREDIT. SI CERT. PET.

CAPUT I.

SUMMARIA.

Titulum *De rebus creditis*, generalem esse: et an nulli sint in Pandectis tituli generales.

DE REBUS CREDITIS.

SUMMARIA.

1. *Tituli generales in Pandectis.*
2. *Tit.* De judiciis, *significatione verbi generalis, et totius partis secundæ Digestorum.*
3. *De judiciis, idest de actionibus.*
4. *Ordo et progressus Pandectarum.*
5. *Judicium in titulo* De Judiciis *non significat legitimam disceptationem, quo de re judicatur, ut in definitione actionis.*
6. *Tit.* De Judiciis *Justinianus nominatim toti parti secundæ attribuit.*
7. *Ex Titulis primis specialibus cujusque partis Pandectarum, ipsas partes nequaquam esse appellatas, et num.* 9.
8. *Partes Pandectorum cur uno nomine quædam appellentur, quædam non appellentur, et nu.* 22.
9. *Tit.* De rebus creditis, *significatione verborum et auctoris sententia generalis, ac totius partis tertiæ.*
10. *Partem tertiam cur vocet Justinianus in sua constitutione* De rebus.
11. *Tit.* de rebus creditis *eodem modo usurpat Justinianus, qua usurpatus est in edicto perpetuo, atque in hoc fuit generalis.*
12. L. 1. De rebus creditis, *interpretatur titulum totius partis tertiæ.*
13. *Tit.* C. De rebus creditis *generalis.*
14. *Hæc verba,* De rebus creditis si certum petetur, *non sunt conjunctim legenda, ut sit una oratia; vetat ratio sermonis.*
15. *Vetat membrorum disjunctia.*
16. *Vetat argumentum subjectum, cui hæc conjunctio non potest convenire.*
17. *Contractus verbo non continetur omnis obligatio: minime autem maleficium*
18. L. omnem. D. de jud. *explicata.*
19. *Creditarum rerum verbo nec maleficia, nec quasi contractus continentur.*
20. *Pars quinta* Pand. *vocatur,* De testamentis.
21. *Partibus quibusdam Pandectorum cur generalia nomina indita, quibusdam non indita.*
22. De rebus creditis *Tit. etiam ad edictum de jurejurando pertinere, quia jurejurando contrahatur.*
23. *Indebiti condictio ex contractu, ideoque et ex genere rerum creditarum.*
24. *Ob caussam condictio ex contractu.*
25. *Generalis titulus alicujus partis, non eo minus quod sub eo sint aliqui alieniores.*
26. *De judiciis pars cur non contineat in* Pandect. *omnes actiones, et* De rebus

creditis, *cur non contineat omnia ad res creditas pertinentia.*

27. *In Tit.* De judiciis, *item* De rebus creditis, *quid judicandum de scriptura Florentina.*

Omnes Interpretes prope ad unum docent, et judicio meo recte docent, in hac inscriptione *De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione*, duos esse titulos; generalem unum, specialem alterum. Generalem illum *De rebus creditis*, pertinentem ad partem totam tertiam, non ad eum tractatum tantum qui proxime sequatur. Specialem hunc, *si certum petetur, et de condictione*, qui indicet quid in proxima sectione agatur; propositum non de contractibus in universum, sed de mutuo tantum et de certi condictione. Quod et probans Alciatus, cum obscurius traditum esset a prioribus, hoc loco dilucidius et certius exposuit. Ac sunt in hac sententia ita omnes, ut nemo sit ex his qui, cur de eo dubitaret, etiam caussam se habere sit suspicatus. Et merito; norant enim quid de hac parte scriberet ipse Justinianus, cum in proœmio Digestorum, §. *in secundo*, tum in *L. 2. §. in tertia, D. de vet. jur. enucl.* quam diserte utroque in loco diceret tertiam partem appellari, *De rebus*. Non dixit ille quidem De rebus creditis, sed cuncta oratione id ipsum significavit; quod fecit brevitati studens, quia sciebat ex ipsa inscriptione quæ ei parti præfixa erat in Pandectis, aut quam jam ante præfigi volebat, promptum cuivis esse id intelligere, ut cujus initium hoc esset *De rebus creditis*. Nec vero quisquam fuit Interpretum tam imperitus, qui aliter eam appellationem *De rebus* apud Justinianum acciperet; cum res ipsa ostenderet in hac parte tertia non agi de rebus simpliciter, idest de rerum qualitate, divisione, vel acquisitione; sed de rebus creditis, seu de contractibus. Videbant præterea quid de hoc titulo *De rebus creditis* statim initio tituli proximi scriptum esset in *L. 1*, hunc nimirum generalem esse, et ad omnes contractus pertinere; proinde et ad eos generaliter, de quibus in hac parte agatur. Frustra id et plus quam inepte, nisi in hac inscriptione est hujusmodi aliquis titulus, et is generalis. Neque enim quidquam ad rem pertinet, si quis dicat talem fuisse olim in edicto perpetuo, si hoc loco in Pandectis nullus talis proponitur. Primus, nostra ætate, rem in dubium vocavit Antonius Augustinus, secutus Pandectarum Florentinarum lectionem; nam is *Lib. 3 emendat. cap. ult.* in extremo reprehendit Haloandrum, quod et hic et in parte secunda initio, inscriptiones ita distinxisset, ut duos titulos faceret separatos, unum generalem et totius partis sequentis, alterum specialem, qui tamen ambo in utraque parte conjungerentur in Tusco Codice, et ita utramque inscriptionem reponendam monet, ut utrobique fiat unus titulus. Quod non faceret, si in his inscriptionibus ullum titulum generalem a speciali distinctum esse judicasset. Hoc quidam alii postea secuti, cum animadverterent cæteris partibus, partim nullum nomen ne a Justiniano quidem attributum esse, partim, si quod esset, tamen eum titulum omissum esse in Pandectis Florentinis, ut in quinta parte, ubi non præscribitur titulus De testamentis; iverunt longius, et in universum ita statuerunt, nullos esse in Pandectis titulos generales. Id an ita sit, etsi parum ad jus fortasse vel potius ad farinam, ut quibusdam videbitur; quia tamen ad sententiam hujus tituli et similium cognoscendam pertinet, age, si placet, quod necesse sit, consideremus. Hanc quidem explicationem cum et tituli et susceptæ interpretationis ratio postulent, non potuit a me hoc loco sine manifesto vitio prætermitti. Quæ si habebit contrariæ sententiæ refutationem, ut et alia multa in scriptis nostris, venia dabitur necessitati; nam quomodo aliter veræ confirmationem consequi potuimus? Et certe si verum, quod tam multis videtur, oppugnare quidam in hac re sibi permittunt, cur nobis id contra defendere non liceat, non animadverto. Quod si quis est cui disputatio non placebit, prætereat ut sibi non necessariam, et mecum faciet. Sed si alii cognoscere et rem sibi probari volent, patiatur his quoque satisfieri a nobis; quamquam disputatio ipsa tota, spero, suo fructu et varia non carebit. Scribunt ergo nonnulli nullos titulos in Pandectis esse generales.

Non persequar hoc loco diligentius nimis generales † quosdam, ut De jurisdictione, De in integrum restitutionibus, De servitutibus, De pignoribus, De tutelis, De bonorum possessionibus, De interdictis, et similes aliquot; quos tamen generales esse verecunde inficiari non possumus, cum de genere toto scripti sint, et adjunctis aliis specialibus eidem generi subjectis, sive qui præcedant sive qui sequantur, ita scripti, ut ad speciales omnes plane referantur, utpote in quibus generalia quædam ad omnes species vel præcedentes vel sequentes perti-

nentia tradantur. Dicam de duobus ipsarum partium integrarum titulis, de quibus majorem controversiam esse video; De judiciis, qui titulus est primus secundæ partis: et de hoc titulo De rebus creditis, qui primus est tertiæ.

2 Ajo titulum † *De judiciis* qui præfixus est parti secundæ Pandectarum, distinctum esse ab eo qui conjunctus, eodem contextu legitur in Pandectis Florentinis, *ubi quisque agere vel conveniri debeat*: hunc quidem specialem esse, illum autem, *De judiciis* esse generalem, et titulum totius partis secundæ, minime autem proprium ejus tractatus qui proxime insequitur.

Nempe quia titulus De judiciis, in ea
3 inscriptione valet † De actionibus, de quibus non agitur in proximo titulo, sed in sequentibus, et quidem ita ut sit hoc argumentum totius partis; et præterea, quia Justinianus hujus tituli et compositionis totius auctor, hunc titulum toti parti attribuit, eamque quoties ejus mentio incidit, *De judiciis* nominari ait *d. L. 2. §. secundus, C. de vet. jur. enu.* et in procemio Digestorum *§. in secundo*. Si titulus superior De judiciis significat *De actionibus*, dubitari non debet quin ad totam partem, nullo autem modo ad proximum tractatum pertineat; eoque generalis sit titulus, non specialis. Id autem eo titulo significari, et in eo hunc esse sensum, sive Justiniani sive compositorum, usque adeo ex his quæ in Pandectis præcedunt, quæque sequuntur, manifestum est, ut attendenti prope res dubitationem non habeat. Quid enim proponitur ad futuræ compositionis et tractationis ordinem jam a principio ex titulo *de stat. homin. L. 1. et 2*?

4 Omne nimirum jus quo utimur, † vel ad personas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. Itaque, cum hominum caussa omne jus constitutum sit; fore ut primo, de personarum statu, ac post de cæteris ordinem edicti perpetui secuti, et his proximos atque conjunctos applicantes titulos, ut res patitur, compositores dicant. Et quidem deinceps, quoad licuit, hunc ordinem secuti sunt, ut ex progressu apparet; nam et de statu personarum prius dixerunt aliquot titulis, et deinde de rerum divisione et qualitate. Quibus ex partitione proposita expositis, si ad tertium membrum progredi vellent, restabat ut dicerent non de judiciis, idest disceptationibus quæ fiunt apud judices, seu de forma et ordine rei nostræ apud judicem persequendæ (nam de his nihil erat propositum) sed de judiciis, idest actionibus; quod tertium erat membrum propositæ divisionis. Quod et fecerunt, sed hanc tractationem solum exorsi a secunda parte Pandectarum; cum enim de actionibus sic agere instituerent, quatenus ad rem conferuntur, idest quatenus his judicio agimus juris nostri obtinendi caussa, quam ad rem illæ sunt comparatæ; ideo in prima parte quædam præmiserunt futuræ actionis velut initia, quæ quodque judicium, aut semper, aut ut plurimum præcedere oporteret, sine quibus frustra de movenda actione cogitaretur. Sic deinde his cognitis, de judiciis ipsis, idest (ut erat propositum) de actionibus agere cœperunt. Id quod si ab illis nusquam factum est, neque partitiuni a se propositæ, neque promisso satisfecerunt; quo, nihil dici potest aut re vitiosus, aut cogitatione ab iis alienius qui eamdem partitionem cum in Institutionibus sibi proposuissent, ejus partes diligenter et attente ad extremum sunt persecuti; ut incredibile sit eos in magno et accurato opere non fecisse, quod in leviore bona fide servaverant. Quod si usquam ab illis de actionibus agi cœptum est, dum nusquam alibi cœptum sit; ubi tandem id factum reperietur, nisi in ea parte secunda, quæ est De judiciis? Et vero id ita fecerunt; quod species actionum singillatim deinceps expositæ evidenter probant. Nam cum actionum duo genera sint, unum in rem, alterum in personam, *L. actionum, infr. de ob. et act.* prius actiones in rem exsecuti sunt, quod fecerunt in secunda parte; atque ea in his explicandis prope tota consumitur. Post generum ordinem secuti, egerunt de actionibus in personam, ac prius de his quæ ex contractu nascuntur; in quo eum necesse haberent species contractuum exponere, et hoc ipsum præstiterunt; idque est quod agere instituunt in hac parte tertia, quæ ob id et *De rebus creditis* inscripta est, idest de contractibus. Ut ergo propositæ partitionis ratio hoc exigebat ut, prioribus partibus cognitis, ordine ageretur de actionibus; sic ordo in cæteris partibus persequendis a compositoribus servatus, tum tractatio sequens ad tertii membri explicationem accomodata, luce clarius ostendunt, hoc ipsum et illos in hac parte servasse, et a secunda parte Pandectarum initium fecisse de tertio membro dicendi, idest de actionibus, quas judicia nominarunt; non nova aliqua aut minus usitata verbi significatione, sed ita trita, ut nihil sit in usu juris et veterum scriptis frequentius. Hinc edictis prætorum promiscue, *actionem dabo, et judicium dabo*, pro eodem usurpantur. Et in quo edicto prætores judicium pollicentur, in ejus interpretatione

Jurisconsulti id judicium *actionem* sine discrimine nominant: ut in edicto suo pollicentur Ædiles se ad redhibendum, et quanto minoris judicium daturos, *L.* 1. *infr. de æd. ed.* quam tamen actionem redhibitoriam, et actionem quanto minoris a Jurisconsultis ejus edicti interpretibus passim dici constat. Hinc judicia bonæ fidei, stricti juris, et arbitraria, dicta pro actionibus bonæ fidei, stricti juris, et arbitrariis passim legimus §. *actionum autem, juncto* §. *in bonæ, Inst. de act. L. in actionibus, infr. de lit. jur.* Hinc in hoc *judicio*, et in hac *actione* pro eodem. Exemplis plena sunt omnia. Quod si titulus De judiciis sic accipitur, ut sit *De actionibus;* non potest omnino quin sit generalis, et parti toti secundæ attribuatur, quia verbo generis complectitur actiones omnes, eoque et generaliter eas de quibus ex professo in ea parte agitur.

Neque vero isti audiendi sunt, qui *judicii*
5 verbo in ea inscriptione significari ✝ volunt disceptationem legitimam, qua apud judicem inter duos pluresve de re controversa jure contenditur; ut sic deinde specialem titulum esse efficiant, et talem, cui solus sequens proximus tractatus conveniat, *ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Nam, præterquam quod et ab instituta partitione et a tractatione actionum subjecta plane abhorret;) quod vitium ne in stultissimo quidem scriptore ferendum sit) etiam hanc significationem accipi ipse numerus verbi prohibet. De judiciis enim dictum est numero plurali, quo plura et diversi generis judicia significantur; id quod de actionibus recte dicitur, quæ multæ sunt et variæ, nec minus specie, caussis et fine inter se discrepantes. Quod si disceptationem illam compositores intelligerent; *De judicio* dici oportuit, non *de judiciis;* quoniam judicium cum disceptationem legitimam significat, genere et partibus ubique unum est in rebus privatis; neque aliud est, cum actione in rem agitur, aliud cum actione in personam: sed in utroque genere pariter litis contestationem, caussæ cognitionem, et sententiam judicis desiderat, iisdemque rebus perficitur. Tum autem, nec si hoc sensu accipi cum titulum placeret, efficitur titulum esse specialem, ut volunt; sed potius hoc dicitur, esse generalem, pertinentem non ad jurisdictionem tantum judicis et forum competens, de quo primo titulo agitur; sed ad omnes partes judicii illas quas modo dixi, litis contestationem, caussæ cognitionem, sententiam judicis; ut de his, non alio loco quam sub eo titulo, agi debuerit. Nec ad minuendam generalitatem ejus tituli quidquam proficiet, si quis dicat de his partibus hic tractatum non esse. Hoc enim non facit quominus titulus sit generalis, sed ut accusentur potius compositores: quod, cum generali verbo judiciorum de totius judicii ordine et forma se dicturos polliciti essent, tantum dixerint de foro competenti, et alias judicii partes omiserint. Nec recte diceretur, compositores in eo titulu non simpliciter esse pollicitos se de judiciis esse dicturos, sed hactenus ut solum quæratur ubi quis agere vel conveniri debeat; quæ reliqua pars est ejusdem inscriptionis. Hoc enim dici posset, si ita fuisset inscriptio: *De judiciis, ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Nunc autem inscriptio ita est: *De judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat;* ubi conjunctio *et* ista copulans, ostendit diversas res simul hic proponi, judicia videlicet, et in his eam partem quæ est de foro competenti: illa generaliter et indefinite; hanc de specie vel parte ad judicium pertinente. Atque hæc de significatione verborum tituli dicta sunt, quæ ejusmodi est, ut generalitatem tituli dilucide arguat.

Quod si de significatione verborum ambigeretur, tamen quæstio tollitur, si qualem
velit ✝ Justinianus hunc titulum esse, et quid 6
de eo sentiat declaret. Ipse enim hujus tituli ac totius Pandectarum compositionis auctor est; aut, si malumus, ita auctores sunt compositores, ut eorum sententiam approbando, Justinianus suam faciat, ut ipse testatur in *L.* 1. §. *omnia. C. de vet. jur. enuc.* In oratione ambigua, non utrumque dicit qui loquitur, sed id solum quod voluit. *L.* 3. *infr. de reb. dub.* Constat autem Justinianum hunc titulum De judiciis (de judiciis; inquam, simpliciter; non de judiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat) non proprium unius alicujus tractatus, qui in parte secunda explicetur, sed communem totius partis secundæ fecisse, ut qui hunc toti parti tribuerit, et nominatim ac sæpius dicat eam appellari de judiciis, *d. L.* 2. §. *secundus, C. de vet. jur. enu. alias de confir. D. et in d. proœ. D.* §. *secundo.* Quin ergo generalis sit et totius partis, ex sententia auctoris seu auctorum, dubitari nullo modo oportet. Quod si aliter generalis esse posse non videtur, quam si significet de actionibus de quibus in ea parte agitur; etiam id ipsum sensisse vel Justinianum vel compositores existimare debemus. Denique, quamcunque rationem hujus appellationis ferre possumus, dum hoc maneat quod certum est, titulum ab auctoribus ipsis toti parti secundæ adsignatum esse, non uni alicui tractatui ejus partis spe-

cialiter attributum. Quod cum tam dilucide et sæpius ab illis factum sit: nemo juste mirabitur, si sæpe sum miratus (quod quidem ego nunquam satisfacere potui) quid istis venerit in mentem, ut nihiluminus generalem et totius partis titulum esse negagarent. Sciebam enim legisse nos Justiniani de compositione Pandectarum. et singularum partium appellationibus constitutiones. Nec mihi occurrebat quid adferre possent, cur negarent titulum generalem esse, quem Justinianus totius partis titulum esse, aut quo totam partem appellari diceret. Nam, ut dicatur fortasse Justinianus non recte hoc fecisse, quia non omnibus titulis specialibus ejus partis is titulus conveniat; utcumque ferri potest apud eos qui non omnia hic recte disposita, aut suis et propriis nominibus notata esse agnoscant. At, ut negemus a Justiniano generalem factum esse, quem toti parti adscribat, seu quo dicat partem ipsam secundam nuncupari, hoc vero mihi ferendum non videbatur. Video tamen hic rationem illis esse inventam, qua se expediant. Ajunt enim titulum de judiciis primum titulum esse, et cum specialem secundæ partis; verum ab hoc totam partem esse appellatam: ita fieri ut specialis semper maneat ut est initio constitutus, etsi ex uno tota pars nominetur: in quo hæc habeo quæ respondeam. Primum, nego hunc titulum esse titulum primum simul et specialem secundæ partis. De quo si dubitaretur, tamen male sumunt, ad sententiæ suæ confirmationem, id quod est in controversia: at id ipsum est de quo nunc quæritur; ego autem abunde supra demonstratum arbitror, titulum *De judiciis*, generalem esse et totius partis, non autem specialem. Quod si ita est, ab hoc et eo primo titulo pars ipsa nominata dici potest: a speciali nuncupata dici non potest, ubi eum titulum generalem, non specialem esse constitit.

7 Nego præterea, Justinianum † ex primis titulis cujusque partis partes Digestorum appellare; quo quid potest esse certius? Quarta pars titulum primum habet. De pignoribus; sexta primum, De honorum possessionibus; septima primum, De verborum obligationibus: nulla tamen ex his titulis apud Justinianum nominatur. Ac, ne quis ideo fieri putet, quia Justinianus nullum his omnino nomen indiderit proponat sibi quintam partem: hanc ille in eadem constitutione, *De testamentis* appellari scribit, *d. L. 2. §. quintus. C. de vet. jur. enucl.* Hujus tamen titulus primus in Pandectis Florentinis est *Qui testamenta facere possunt;* nam de testamentis titulus omissus est. Non ergo ne hæc quidem pars, quamvis commune nomen habeat ut secunda et tertia, ex primo titulo ejus partis speciali qui est in Pandectis, nominatur. Et cur secundam aut tertiam partem ex primis titulis specialibus appellaret, potius quam cæteras, cum cæteræ non minus Pandectarum sint partes, nec minus singulæ suos quæque titulos primos habeant? Hic istis mirabilis exoritur ratio ad differentiæ explicationem. Pars, inquiunt, secunda et tertia. Justiniani constitutione quæ est Proœmium Digestorum, jubentur singulæ tradi auctoribus juris, continuata serie ab initio usque ad finem, nullo, ut constitutio loquitur, penitus derelicto Hæc tradendi ratio facit ut a primis suis titulis appellentur; itaque secunda a primo titulo vocetur De judiciis, similiter a primo titulo tertia De rebus. Eademque esset ratio cæterarum, si æque ac tres primæ traderentur integræ uno tenore. Nunc autem reliquæ ea constitutione ita tradi non jubentur, sed traduntur earum libri auctoribus singillatim et abrupte, unde et singulares nuncupantur; ideo a primis titulis nomen non acceperunt, quasi vero, ut pars aliqua vocetur a primo titulo aut non vocetur, quidquam referat qua serie uniuscuiusque partis libri tradantur auditoribus. Si primus titulus ad alios omnes ei parti subjectos generaliter pertinet, an dubitamus ab eo totam partem recte vocari, etiam si quæ re conjuncta sunt, non una serie et uno velut contextu a præceptore tradantur? Et contra, si titulus primus nulla ratione conjunctus est cum sequentibus; an magis intelliguntur conjungi, quia continuata serie traduntur? Quod si nihilo magis conjunguntur, quæ ista ratio est, reliquis tribuere id nomen quod eis re ipsa non magis convenit? An ignoramus quod recte scriptum est in *§. est et aliud, Inst. de don.* nomina rebus consequentia esse debere? Quid autem de conjunctione aut disjunctione mutat Doctoris explicatio, cum conjunctos titulos et in una cognitione positos, liceat separatim tradere et audire; disjunctos autem ac minime cohærentes, uno tenore et continua serie tradere liceat? Fatendum est igitur quod res est, totam hanc rationem divinationem esse, eamque, non ausim dicere nugatoriam, sed tamen quæ, nulla ne probabili quidem ratione nititur, objectam tamquam nubeculam lectorum oculis, ne quod in hac verum est possint cernere. Mihi quidem viris doctis indigna videtur. Cur ergo quædam partes Pandectarum uno nomine appellantur, quædam non appellantur?

Vera ratio hæc † est, quod quædam no- 8

tuor et titulum generalem admittunt, quædam non admittunt. Quædam enim continent res unius generis, proinde et uni nomini subjectas, quo etiam nomine appellantur; quædam, res ita genere diversas, ut sicut uni generi, sic uni nomini subjici, non possint; quod cum fit, eas nomine carere necesse est. Prioris generis est pars prima, quæ principia juris et actionum initia continens, vocatur a Justiniano accommodato ad eam rem nomine τὰ πρῶτα. Pars secunda in qua, cum judicia seu actiones tractari incipiant, sitque argumentum ejus partis, recte et convenienti nomine appellatur *De judiciis*. Pars tertia, in qua, quia de contractibus agitur, hinc et nomen rei conveniens *De rebus creditis*, idest contractibus; seu De contractibus. Pars item quinta, in qua et ipsa de uno genere rerum agitur, nempe de testamentis, et rebus ad testamentum pertinentibus; ex quo et appellatio *De testamentis*. Posterioris generis sunt reliquæ partes quæ, quia singulares minimeque cohærentes tractatus habent, ideo uno communi nomine designari non possunt. Nihil igitur minus verum est, quam ex primis titulis singularum partium specialibus, cum reliquis titulis nihil commune aut conjunctum habentibus, partes ipsas Digestorum a Justiniano aut compositoribus nominari. Quapropter licet jam convertere argumentum, et colligere hoc modo: Non appellantur partes Digestorum ex primis titulis specialibus cujusque partis; atque adeo absurdum est minimeque consequens, eas ex his appellari, ut quorum nomina parti universæ, idest rei uni imponuntur, nullo modo conveniant. Constat tamen, nomen *De judiciis* parti ipsi secundæ toti tribui, eamque appellari *De judiciis*: non est igitur hic titulus *De judiciis* specialis. Licet etiam hoc modo: Non appellat Justinianus partes singulas Digestorum uno nomine atque uno titulo, nisi cum ei nomini et titulo pars tota subjici potest, ut sit titulus parti conveniens, idest communis et generalis. Appellat autem secundam partem uno nomine *De judiciis*; est igitur is titulus generalis, non specialis. Restabat hoc loco, ut objecta quædam diluerem, quibus se moveri ostendunt contrariæ sententiæ auctores, ut hunc titulum negent esse generalem. Sed, cum ea non minus ad titulum *De rebus creditis* pertineant, melius erit hanc responsionem in eam partem differre, ut, cum de utroque titulo dixero, tum quæ adversus utramque interpretationem communiter dicuntur, semel quoque et conjunctim explicentur. Venio igitur ad titulum *De rebus creditis*; et quod dixi de inscriptione illa partis secundæ *De judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat*, hoc idem et de inscriptione hac partis tertiæ statuo *De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione*: in hac nimirum, ut initio posui duos esse titulos; unum his verbis *De rebus creditis*, distinctum ab ea parte quæ sequitur; alterum his verbis quæ sequuntur *si certum petetur, et de condictione*; hunc sine controversia specialem esse et ad proximum tractatum tantum pertinere; at priorem esse generalem, qui ad totam partem tertiam, non ad proximum titulum referatur: cujus rei non eadem tantum argumenta sunt quæ supra, sed et alia ac certiora. Eadem quidem sine dubio hic occurrunt, quæ sunt duo: tituli significatio et auctoris sententia. Is enim vere titulus generalis dicendus est, qui et significatione verborum talis est; qua nota Ulpianus in *L. 1.* hic notandum titulum æstimat; et quem auctor verbis consentiens, talem esse voluit, ut et significatio cum mente loquentis, et hæc cum re congruat.

9 Horum † utrumque in hoc titulo *De rebus creditis* maxime reperietur. Verba, sunt De rebus creditis. Et *rei* verbum et *credendi* generale est, teste Ulpiano in *d. L. 1. Rei* quidem, ut quo res omnes, non tantum mobiles sed etiam immobiles, nec tantum corpora sed etiam jura contineantur, *L. rei appellatio, L. pecuniæ appellatione, L. pecuniæ nomine, infr.* de verb. sig. *Credendi* autem, quia hoc verbum contractus omnes complectitur, ut ibidem Ulpianus docet. Itaque De rebus creditis, idem valet ac De contractibus; quem titulum non unius alicujus singularis tituli, sed totius partis esse communem nemo ambigit, utpote in qua tota de his agatur. Ut autem titulus re et significatione generalis est, sic et auctoris sententia. Justinianus enim, compositionis hujus et partium distinctionis, ac singularum appellationis auctor, hunc quoque generalem facit; parti enim ipsi toti attribuit, quam vocat De rebus creditis, itidem ut secundam De judiciis, *d. L. 2. §. tertia, C. de vet. jur. enucl.* et in proœmio *D. in §. in secundo*.

Nec nos remoretur quod appellat tantum *De rebus*, nec addit *creditis*. Ut enim monui initio, ad totum † titulum indicandum, satis habuit prima verba tituli ponere, quia designabat nomen et titulum tertiæ partis, qui qualis esset, cuivis paratum erat sumere ex ipsa ejus partis inscriptione. Fuit 10

autem hæc inscriptio, non De rebus simpliciter, sed De rebus creditis. Intelligebat etiam, lecta ejus partis tractatione, periculum non esse ne quis eum putaret appellare eam partem De rebus tantum, ae non De rebus creditis, cum perspicue in ea, non de rerum acquisitione et jure, sed de contractibus ageretur. In summa, Justinianus partem hanc totam appellat De rebus creditis; itaque, nomen hoc toti parti tribuendo, ut re generalis est, sic et generalem ac totius partis communem suo ipsius testimonio facit. Nec unquam dixeris, nihil prohibere quominus titulus hic sit specialis ac proprius subjecti tractatus, et tamen ex eo pars tota appelletur, quia sit primus; Justinianus autem ex primo titulo, quamvis speciali, partem appellet. Nam, ut hic quoque attingam quod supra refutavi pluribus, nunquam committeret Justinianus, ut rem non suo nec convenienti nomine appellaret; cum sit hominum vel stultorum vel imperitorum id facere; certe hæc conjectura in homines doctos et intelligentes non cadat, qualium opera in Pandectis componendis ille est usus; numquam autem titulus specialis et ab aliis omnibus diversus toti parti conveniat. Nec collatio ejus tituli de re quidquam mutat. Detur enim, exempli gratia, titulus De mutuo; sit is ordine primus licet; numquam ordo efficiet, ut depositum, commodatum, emptionem, et alios multo alieniores contractus contineat. Quomodo ergo ex eo titulo nominet eam partem in qua de his rebus tractetur? Quod si faceret, nihilo faceret rectius, aut minus ridicule, quam si de asinis tractaturus, de bobus titulum faceret; aut tractaturus de calcarea, propter colorem calcis, de fullonica scriberet. Sed et Justinianum ullam partem ex primo titulo ejus partis speciali non appellasse, argumento sunt omnes reliquæ partes quæ apud eum communi nomine carent; habent enim omnes titulum suum primum. Cum tamen nullæ communo nomen quod rebus conveniret, admitterent; nusquam ita desipuit, ut ullam earum, non dico appellaret ex primo titulo speciali, sed etiam vel tantum designaret. Quod quale esset, et quam rationem in quibusdam appellandis, quibusdam non appellandis secutus esset, abunde supra exposui. Convenit ergo Justiniani voluntas ac sententia cum verborum significatione in hoc quoque titulo *De rebus creditis;* facitque utrumque ut, quemadmodum titulum De judiciis his argumentis generalem esse diximus, sic et hunc iisdem rebus, non minus generalem et totius partis esse existimare debeamus. Sed accedunt et alia etiam certiora: nam titulum *De judiciis*, nusquam legimus a prætore fuisse ulli parti edicti præmissum, in qua de judiciis, idest de actionibus ageretur; ut dici posset Justinianum hoc exemplum secutum, idem servasse in Pandectis; multoque minus usquam in parte secunda, de significatione ejus tituli relatum est, illum esse generalem. At ne de his in hoc titulo liceat dubitare, utrumque de eo nominatim consignatum habemus in *L.* 1. *hoc. tit.*

Testatur enim illic Ulpianus, veterem esse titulum *De rebus creditis*, natum a prætore; præmissum autem † ut generalem iis 11 edictis quibus jus de contractibus variis proponebatur. Eumdem et ipso generalem esse non solum dicit, sed etiam probat ex *credendi* definitione, et verbi *rei* significatione. Quid hæc, dixerit aliquis, ad probandum quod institutum est, cum hic nun de titulo prætoris, sed Justiniani quæratur? Nempe hoc efficiunt, si Justinianus in hac inscriptione eodem titulo atque eodem sensu usus est, fieri non posse quin titulus, ut apud Prætorem in edicto perpetuo, sic apud Justinianum in hac parte, publico etiam veterum testimonio, sit generalis. Atqui horum utrumque fecit Justinianus, et quidem ita aperte, ut nihil apertius. De verbis nulla est quæstio; utrobique enim idem titulus *De rebus creditis*. Eodem autem sensu illum usurpasse hæc verba, ejus factum et testimonium non obscurum palam ostendit. Ut enim prætor hunc titulum præmisit ei loco sub quo edicta de contractibus variis inserta erant, quo nomine et generalis ab Ulpiano dicitur; sic et Justinianus ei parti in qua de eodem jure iisdemque contractibus agebatur. Et ne qua esset dubitatio, num Justinianus sic hunc titulum præmisisset, ut ad primum tractatum referret, potius quam ad totam partem; aperte hunc titulum non speciali alicui titulo, sed toti parti tribuit, cum hanc appellat *De rebus creditis*, vel potius cum ait eam *De rebus creditis* appellari; quibus verbis declarat, non se tantum in eo constitutione in qua hæc scribit, eam partem ita nominare, ac forte extra eam constitutionem mutare eam appellationem; sed potius, cum pars alibi ita nominetur, se hoc testari et de eo lectorem monitum velle. Is autem locus extra constitutionem alius intelligi non potest, quam ubi proponitur pars ipsa, seu initium hujus partis, ubi hic titulus toti parti præmittitur. Non minus hoc probat, quod compositores, et per hos Justinianus, in *L.* 2. §. 2. *de stat. hom.*

profitentur, se in jure his libris tradendo, ordinem perpetui edicti secutos. Ad hunc ordinem edicti non dubium est pertinuisse titulorum edicti dispositionem, eorumque appellationem, qualis a prætore proposita est. Quare, qui in titulo hoc *De rebus creditis* ordinem et formam edicti se secutos profitentur, simul et se hunc titulum eodem sensu proposuisse et secutos esse profitentur. Nec quem moverit quod Hermogeniani verba referuntur in *d. L. 2. de stat. hom.* Hæc enim sub Hermogeniani nomine, Justiniani verba sunt, qui quidquid in his libri scriptum est, suum esse vult existimari, *L. 2. §. tanta, C. de ver. jur. enuc.*

12 Quid, si etiam quæ † de significatione hujus tituli traduntur in *L. 1. in h. t. tit.* ad eam inscriptionem quæ hoc loco est, referri debent? an quidquam dubii esse potest quin illa sit generalis, cum titulum *De rebus creditis* sic illic interpretetur Ulpianus? Atqui ea interpretatio, et tota *L. 1.* sic accipienda est, ut ad inscriptionem hujus partis referatur. Etsi enim quæ illic scripta sunt, Ulpianus scripsit de titulo *De rebus creditis* qui erat in edicto perpetuo; tamen, cum ea usurpet Justinianus, et usurpando sua esse velit ut ante dixi; hæc non jam ex persona Ulpiani accipienda sunt, sed Justiniani, et curandum ut, sicut ille vult, sic ista ad ejus institutum accommodentur, idest ad inscriptionem ab ipso propositam. Et certe, cum interpretatio hæc ad titulum rerum creditarum præcedentem referatur, ut verba indicant, præcedat autem titulus, non edicti perpetui vetus, sed novus partis tertiæ, translatitius tamen et qui iisdem verbis idem valeat: omnino ad alium quam ad hunc ipsum, de sententia Justiniani interpretatio referri non potest. Quod si ad eum non pertinet, delenda est ex hoc titulo, et procul etiam rejicienda tota L. 1, non solum ut otiosa, sed etiam ut fallax, et erroris tantum objiciendi caussa posita. Ut otiosa; quia ad hunc titulum nihil pertinet, si in eo nullus est titulus generalis; quid enim ad rem facit quod titulus *De rebus creditis* olim in edicto propositus, generalis fuit, si hic de quo nunc agitur non est talis? Ut fallax, et ad errorem objiciendum tantum comparata; quia, cum audimus titulum *De rebus creditis*, non solum sententia prætoris a quo propositus est, sed etiam re et significatione verborum generalem esse atque omnes contractus complecti; non possumus, si hanc definitionem sequimur, quin statim et eum qui hic positus est et exstat totidem verbis, eodem modo accipiamus. In quo tamen valde errabimus, si hic non erit nisi specialis. Sed, etsi contra pro speciali accipiemus, eveniet ut incipiamus de definitione Ulpiani dubitare, quasi falsa sit; in qua et ipso rursum errabimus. Quod si in legibus hæc vitia, quoad fieri, admittenda non sunt, *L. in ambigua, infr. de legib.*, si potius in his ea sententia accipienda, quæ rei gerendæ est aptior, *L. quoties idem, infr. de reg. jur.*; nihil relinquitur, nisi ut tota ea interpretatio, ab Ulpiano licet translata, tamen ad titulum qui hic præcedit, debeat referri. Jam vero de eo titulo ita scribit Ulpianus, ut eum aperte dicat esse generalem, et declarata verborum significatione confirmet. Quæ si ita sunt; quin titulus *De rebus creditis*, hic ipse, inquam, qui hoc loco proponitur, ut re, sic Justiniani voluntate et omnium certissimo testimonio *L. 1. infra*, generalis sit, dubitari non potest. Etsi autem hæc abunde satis esse poterant; tamen, quo magis cerni possit certitudo hujus sententiæ, conferamus, si placet, cum hoc titulo titulum primum, libri quarti Codicis, qui iisdem verbis conceptus est, ac videamus qualis eo loco sit is titulus; nam cum liber quartus Codicis huic parti tertiæ Pandectarum respondeat, sitque utriusque loci argumentum idem, nempe de contractibus; si ibi compositores titulum *De rebus creditis* generalem esse voluerunt, pertinentem ad totum librum quartum, non ad singularem aliquem titulum ejus libri; non vereor ne quis dicat, eos non item eum titulum qui iisdem verbis huic parti præpositus est, generalem esse voluisse, et ad totam partem pertinere; cum absurdum sit dici, eodem titulo utrobique præposito, in earumdem rerum tractatione non eamdem tituli significationem ab iisdem auctoribus retineri; et, cum sicubi expediat partes generales totius compositionis certis nominibus notari, quo magis partium distinctio intelligatur et res a confusione revocetur, id præcipue expediat fieri in Pandectis, in quibus, ut in opere majore et accuratiore, diligentior tractatio necessaria sit, et ad partes notandas ac distinguendas designatio certior.

Quæro ergo in hac inscriptione *De rebus creditis et jurejurando*, qui titulus primus est libri quarti Codicis, utrum putemus his verbis † *De rebus creditis*, partem tituli 13 specialis, an titulum per se distinctum et generalem contineri. Non dubium vero est quin tituli specialis, aut tituli speciali pars his verbis non contineatur; nam, si specialis est, ad proximum sequentem solum

pertinet. Ad hunc porro pertinere omnino non potest, quandoquidem agitur in eo solum de jurejurando; jusjurandum autem non est res credita seu contractus; et si esset, amplius tamen in eo non agatur quam de uno contractu, non etiam de contractibus. Quid superest igitur, nisi ut qui significatione generalis est, sit etiam re ipsa et illic generalis, atque ad totum librum pertineat, qui specialis esse non potest? Quod si in Codice hæc tituli significatio est, ubi totum librum uno nomine appellari minus fuit necesse; quanto magis in Pandectis, ubi omnia ampliora at accuratiora visuntur, ad partem suo nomine designandam, indicandumque partis argumentum, hanc ipsam significationem retineri oportuit? præsertim cum hic titulus fuisset talis in edicto perpetuo, cujus ordinem et formam secutos, se in Pandectis compositores testantur in *d. L. 2. supra. de stat. hom.* Hæc tam certa si aliquando occurrunt contrariæ sententiæ auctoribus, mirum, ni taciti apud se, si non vincuntur veris, at certe interdum tam manifestis moveantur. Et quidem illos aliquando motos esse possumus ex eo facere conjecturam, quod posterioribus scriptis nonnihil de priore sententia remiserunt; non ut mutarent tamen, sed ut, latebra quæsita sententiæ, tutius in ea delitescerent.

Cœperunt enim dicere, in hac inscriptione *De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione*, non esse tria membra orationis, primum *De rebus creditis*; secundum *Si certum petetur;* tertium *De condictione:* sed hæc verba *De rebus creditis si certum petetur* conjungenda esse: ut efficiatur unum membrum, sicque accipiatur, quasi ita scriptum esset: *Si certum petetur de rebus creditis*, ut sit sensus hic agi de certi condictione qua de rebus creditis agitur, idest, ut ipsi volunt, de certi condictione generali. Quod cum dixerunt, non modo rem non expedierunt, sed errorem veterem novo et insigniore errore cumularunt. In quo diffi-
14 cile dictu est † quid primum reprehendatur, utrumne vitium sermonis in hac structura, an conjunctio membrorum quæ maxime sunt disjuncta, an conjunctorum aliena interpretatio et accommodatio: tot enim sunt quæ pariter istam conjunctionem repudient. Primum, nemo ita loquitur: *De rebus creditis si certum petetur*, ubi intelligere velit, si petatur certum ex rebus creditis, seu de rebus creditis. Ad hoc exprimendum, rectus et naturalis, idemque Latinis cognitus loquendi ordo hic est, ut dicatur: *Si certum petetur de rebus creditis*, aut *Si de rebus creditis certum petetur*, ut utrobique præponatur particula *si*. Ut autem, ad eamdem sententiam efficiendam, non solum *si* postponatur, sed etiam præponatur id membrum quod posterius esse debuit; si aliena et ab usu loquendi plane abhorrens oratio non est (quamquam est ejusmodi); at certe conversa est, et non sine ridicula elegantiæ affectatione de industria obscurata oratio; quæ, cum ab aliis scriptis omnibus, tum maxime a jure quam longissime abesse debet; a titulis præsertim et inscriptionibus, in quibus præcipue simplicem et apertam orationem esse convenit. Neque vero in ea significatione quam isti volunt, ita scribi non debuisse ut hic scriptum est, aliis locis magis ostenditur quam his titulis quos argumenti loco, citant ex Codice Theodosiano: *Si certum petetur de suffragio*, et *Si certum petetur de chirographis;* in quibus non solum *si* particula præcedit, sed etiam tota hæc oratio *Si certum petetur;* cui deinde, velut generis præcedentis ad speciem certam restrictio, certe subjicitur causa ex qua certum petatur; ut, horum argumento si uti placet, omnino converso ordine et conversa structura ita hoc quoque dicendum fuerit *Si certum petetur de rebus creditis*. Quod si hoc ipsum compositores intelligi voluerunt, licet ex istis quærere cur, cum intelligenter et recte compositores ita loqui possent, maluerint perversa structura ita dicere *De rebus creditis si certum petetur*. An quod oratio erat dilucidior? At isto sensu, ita est ut ne intelligatur quidem. An forte est concinnior et elegantior? Et quæ ista est elegantia, non solum quæ rectitudinem sermonis non servat, sed etiam quæ aliud exprimit quam loquitur? quamquam puerilitet elegantiam sectati essent in conceptione tituli, quem præcipue, ut dixi, simplicem et expositum esse conveniebat. Denique hac oratione *De rebus creditis si certum petetur*, si hæc verba conjungi et in his unum contextum esse placet, Latinis non aliud significatur, nisi hic agi de rebus creditis seu de contractibus, sub conditione si certum petatur, id est, aut hac conditione si contractus certi sint, aut hac conditione si de certi condictione agatur. Quorum neutrum isti sentiunt; volunt enim, in titulo proxime sequenti agi de condictione certi, non de contractibus. Et certe in eo non agitur de contractibus omnino, sive certi sint sive incerti, quacumque tandem conditione de his agi dixerimus. Agitur de contractu mutui, sed de hoc una agitur etiam de certi condictione, et hæc quidem

ex contractibus omnibus certis competit; sed non ideo de contractibus agi dixeris, quia condictio non est contractus, etsi ex his nascitur; alioqui dicendum erit, etiam hic agi de furto, de damno dato, de vi bonorum raptorum, denique de maleficiis et quasi contractibus, quia et condictio certi ex his caussis competit; ut jam titulus inscribendus sit, non de rebus creditis, sed et de maleficiis, et quasi contractibus. Dicendum etiam in uno hoc titulo esse partem tertiam de contractibus. Quare, quominus in hac inscriptione conjungi debeant duo hæc membra *De rebus creditis, si certum petetur*, ut significetur *si certum petetur de rebus creditis*, ratio recti sermonis nullo modo patitur.

Quod. ut pateretur; tamen (quod secundo
15 loco de hac conjunctione posui) non ÷ debuerunt conjungi hæc membra, quæ maxime disjoncta esse constaret. At quibus rebus id constat? maxime apertius, atque adeo in medio positis, nempe his quæ ante dixi. Primum, quod Justinianus partem hanc totam nominat *De rebus creditis*; quod huic parti convenire non potest, si ex hac inscriptione ita nominatur; inscriptionem autem, sic accipimus, quasi scriptum esset uno contextu *Si certum petetur de rebus creditis*, significeturque his verbis certi condictio, ut accipi volunt. Fingamus inscriptionem ita potius conceptam esse *De certi condictione*. An quisquam erit tam imperitus, ut putet ex eo titulo partem tertiam de certi condictione nominari posse, cum ex innumeris prope titulis qui sunt in hac parte, nulli sint de certi condictione, præter unum primum? Liquet id etiam ex eo quod in *L. 1. infr. eod.* scriptum est, hunc titulum *De rebus creditis* generalem esse, et contractus omnes continere. Etsi enim Ulpiani definitio est ad edictum prætoris scripta; tamen, in hunc locum translata cum sit a Justiniano, ex persona ejus et instituto sic accipiendam esse docuimus, ut ad hunc titulum qui in Pandectis præcedit, debeat referri. Et quomodo hic titulus generalis est et omnes contractus continet, si hæc verba *De rebus creditis si certum petetur*, unum membrum efficiunt et significant *De certi condictione?* Nam hoc modo fit titulus specialis, ut qui sit de hac solum actione; condictio autem quæ hoc titulo proponitur, tantum abest ut contractus omnes contineat, ut ne ipsa quidem sit contractus. Sed hæc mitto de quibus satis a me antea dictum est, ac volo etiam esse incertiora. At illud incertum aut obscurum esse non potest, quod de his membris exstat in principio libri quarti Codicis, quodque legentibus statim occurrit, duos nimirum illic esse titulos, primum et secundum, quibus hæc membra aperte et ex professo distinguuntur. Primus enim est in hæc verba *De rebus creditis et jurejurando*; secundus in hæc *Si certum petetur*. Fieri potest ut unus titulus sit de diversis rebus; illud non potest, ut unius ejusdemque rei seu membri duo tituli sint diversi, ambo eidem rei convenientes; sed separati singuli suam propriam significationem habebunt, diversam ab eo qui conjunctus, rem unam, demons rabat, ut in hoc titulo facile potest animadverti. Conjungamus enim hæc membra *De rebus creditis si certum petetur*, ut sit sensus *Si certum petetur de de rebus creditis*, hoc titulo nihil proponitur de rebus creditis, seu de contractibus, sed solum de certi condictione quæ ex rebus creditis nascitur. Hæc eadem si separes ac seorsim singula proponas, utraque contraria sententia exprimetur. Illo enim titulo *De rebus creditis* intelligetur proponi de rebus creditis, nihil de condictione; illo autem altero *Si certum petetur*, proponetur quidem de certi condictione, sed non de ea quæ competat tantum ex rebus creditis, sed generaliter de condictione quæ competat ex omni caussa ex qua certum petitur. An dicemus separari ista membra in Codice, sed conjunctim accipienda esse in Pandectis? Ferri hoc posset, si altero in loco aut diversa verba essent, aut diversi auctores qui his essent usi, aut argumentum materiæ subjectæ non idem propositum. Nunc, cum utrobique eadem verba sint, utrobique auctores iidem, res subjecta ad quam tituli accomodati sunt, eadem; dici non potest in iisdem verbis non eamdem esse verborum significationem, nisi auctores aliud sensisse liquido probetur; quod tamen si fieret, nihil aliud probaretur, quam eos illudere voluisse lectoribus, aut a se ipsis turpiter dissentiendo imperitos homines et ineptos fuisse. Non est igitur sine dubio una hic oratio duobus membris constans, *De rebus creditis si certum petetur*; sed duo sunt membra separata, distincta ab inscriptionis hujus auctoribus, ut verbis, sic rebus et significatione diversa; unum *De rebus creditis*, alterum *Si certum petetur*. Placet tamen concedi hæc omnia, et juncta hæc membra admittere posse eam sententiam quam dixi, salva ratione recti sermonis; et juris auctoritatem aperte non refragari quominus in hoc argumento conjungantur. Quid ex his inde efficitur quod in majorem reprehensionem

non incurrat, quam si admisissent titulum esse generalem?

16 Esto enim efficiatur ista conjunctione, † titulum specialem esse, non totius partis communem; at certe hoc quoque suscipere cogentur, specialem istum titulum subjecto argumento multo minus convenire, quam si esset generalis. Erit enim hæc sententia verborum conjunctorum, agi hic quid sit juris, si certum petetur de rebus creditis, seu agi de certi condictione non ex omnibus caussis sed ex rebus creditis, idest ex contractibus. Hoc vero si toti parti non convenit, multo certe minus convenit speciali titulo sequenti; quoniam in eo agitur in universum de certi condictione, non tantum quæ competat ex contractibus, sed etiam ex omni alia caussa et obligatione ex qua certum petitur, *L. certi, infr. eod.* Dicunt et se hoc ipsum intelligere; volunt enim his rubricæ verbis promitti generalem actionem quæ certi condictio dicitur. At quibus ex verbis hoc colligunt? Non enim simpliciter dictum est *Si certum petetur*, sed adjicitur *de rebus creditis*. Id se sumere ajunt ex hac ipsa adjectione *de rebus creditis*; quippe, inquiunt, hæc verba omnes contractus complectuntur, quos alienam fidem secuti, instituimus; porriguntur etiam ad quasi contractus et maleficia; et ne quis hoc posterius negaret, adjiciunt: Nam omnis obligatio contractus est. Quis hæc hominem in jure versatum, atque adeo in Ulpiani interpretatione quæ de his verbis est versantem, scribere crederet? Scripta sunt tamen ab illis totidem verbis; quæ res una maxime declarat, ut cætera taceam, qualis sit ista sententia quæ nisi tam manifeste falsis defendi non potuit. Faciamus inscriptionem esse *si certum petetur de contractibus.*

17 Attamen notissima est † divisio obligationum et vetus, eas aut ex contractu nasci, aut ex maleficio; ex quasi contractu, aut quasi maleficio, *§. 1. Inst. de obl. L. 1. infr. de ob. et act.* Ex qua apparet, cum de generibus obligationum et actionum in personam quæ ex his nascuntur agitur, ut fit in hac compositione Pandectarum; sic ista distingui in usu juris, ut neque quasi contractus, *neque maleficium sit contractus*, sed toto genere hæc distent inter se. Vetus quoque illud est Pedil. probatum ab Ulpiano in *L. 1. §. 1, supra de pact.*, nullum esse contractum qui non habeat in se conventionem. Nullus autem quasi contractus conventionem in se habet, multoque minus maleficia quibus nemo læditur, nisi ignorans aut invitus. Et quamvis, propter similitudinem cum his negotiis quæ consensu geruntur, interdum quasi contractus verbo contractus appelletur, ut tutela et negotiorum administratio, *L. ex contractibus. infr. de obl. et act. L. sed et cum supra, de neg. gest.* nusquam tamen, quod sciam, lectum est in libris nostris maleficia a veteribus dici contractus. Dixit quidem Papinianus delicta sponte, vel ignorantia contrahi in *L. 1. supra, de legib.*, sed pro *admitti* et *perpetrari*, non autem hoc sensu quo dicitur res inter aliquos contrahi; neque enim delictum contrahitur inter aliquos, ut significetur is qui delinquit et is qui maleficio læditur; sed delinquitur ab uno adversus alterum interdum ignorantem, sæpe scientem quidem, sed repugnantem. Itaque etiam illud maxime falsum est, omnem obligationem esse contractum, etiam si obligationis verbo intellexerimus factum quo quis alteri obligetur.

Conjicere tamen licet sumptum hoc illis, et in hunc locum detortum ex *L. omnem, supra, de jud.* ubi exstat hæc Pauli definitio, *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est; ut ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti caussa debeatur.* Sed longe aliud † est omnem obligationem contractum esse, 18 aliud pro contractu haberi. Imo vero, hoc ipso quod dicitur haberi pro contractu, declaratur non omnem esse contractum; neque enim qui vere contractus est, dicitur pro contractu haberi, sed esse. Et quidem pro contractu haberi, est loco et vice contractus haberi, quasi contractus esset; quod qui dicit, re vera contractum non esse significat; ut cum dicimus deportatos pro mortuis seu mortuorum loco habendos, *L. 1 §. pen. infr. de bon. pos. con. tab.* hoc significamus vere non esse mortuos, etsi effectu pro talibus habeantur. Quid, quod ne illud quidem generaliter et absolute verum est, omnem obligationem pro contractu esse habendam? Alioqui, cum contractus actiones pariant quæ perpetuæ sint, heredibus et in heredes dentur: dicendum fuerit maleficia hactenus quoque pro contractu habenda, ut venientes ex his actiones similiter perpetuo dentur, et dentur ut heredibus, sic in heredes; quod falsum esse certi juris est ex *Institution. de per. et temp. act.* Neque superior definitio refragatur. Cavendum est enim diligenter ne sic accipiatur, quasi Paulus in universum definiat, omnem obligationem ubique habendam pro contractu; sed ita accipienda est, ut intelligatur dicere habendam esse in ea caussa, de qua tractabat: agebat autem de ea parte juris seu edicti, qua cautum

vial unumquemque conveniri posse eo loco in quo contraxit vel in quo contractum est; ubi hoc quærebatur, contractum quomodo acciperemus, *L. heres, præcedenti, §. pen. et ultim. supr. de jud. L. 1. 2. et 3. infr. de reb. auct. jud. poss.* Hunc locum interpretans, hoc sensit, in hac caussa omne factum quo obligamur, pro contractu habendum esse, ut ubicumque quis quid fecit ejusmodi, ibi possit conveniri, cogaturque se ibi defendere. Recte in hac caussa, non etiam in aliis in quibus non eadem maleficiorum et contractuum ratio est. Cur ergo in hac re potius? Non utique ex verbis, quasi etiam maleficia sint contractus; sed ex edicti sententia quæ postulat ut, quibus in caussis eadem aut major æquitatis ratio est, in his idem jus statuatur, *L. non possunt, L. nam ut ait, supr. de legib. L. illud, supr. ad leg. Aquil.* Nihil autem caussæ est cur, si quis qui alicubi contraxit, possit ibi propter factum suum, non propter adversarii consensum conveniri, quamvis in eo nihil deliquerit; non possit et ibi conveniri qui negotia ibi administravit, unde similiter obligatio nasceretur: multoque magis idem statuendum est adversus eum qui ad obligationem delictum adjecerit. Atque hæc ita sunt, etsi ita titulus esset conceptus *De contractibus si certum petetur.* Nunc autem titulus est, non de contractibus, sed de rebus creditis.

19 His vero ✝ verbis maleficia aut quasi contractus significari non possunt, ut maxime contractus verbo generali continerentur. Credere enim, est fidem habere alteri in eo in quo ille prius fidem dederit, idest dixerit promiseritve aliquid se daturum, facturum; quod non fit nisi inter consentientes. Nullius autem consensus aut conventio in quasi contractibus cum ignorante; nullus consensus inviti in maleficiis. Quæcunque igitur ex his obligatio est, ea ex re credita esse non potest. Et quid opus est verbis, cum sententiam Ulpiani de his verbis diserte comprehensam habeamus in *L. 1. infr. eod.*, quem locum omnes qui de hoc titulo tractant, habent aut habere debent in manibus? *Credendi* inquit, *generalis appellatio est, omnesque contractus complectitur;* sed addidit ex significatione verbi nota, *omnes contractus quos, alienam fidem secuti, instituimus.* Non ergo profecto hæc verba *De rebus creditis* complectuntur etiam quasi contractus et maleficia, quæ nullo modo instituimus cum alio, ejus fidem secuti; et quamvis omnis obligatio esset contractus, non tamen omnis est res credita, seu creditum; de quo verbo nunc quæritur. Quare si tam multa peccata suscipienda sunt ei qui hæc verba *De rebus creditis si certum petetur* uno contextu conjuncta esse dicat, ut his significetur hic agi de certi condictione ex rebus omnibus, nequaquam profecto istam conjunctionem admittere debemus; præstabatque multo specialem hunc titulum esse defendentibus, in simplici errore manere, ut tria in hac inscriptione membra agnoscentes, nihilominus unum hic titulum, ac proinde specialem esse dicerent, quam istam conjunctionem accersendo, tam multiplici errore se involvere; in quo, præter alia, et ratione ac consuetudine loquendi, et juris certa auctoritate, et manifesta significatione verborum refellerentur. Res igitur sic habet. Tria sunt in hac inscriptione membra inter se distincta; primum, *De rebus creditis*; secundum, *Si certum petetur*; tertium, *De condictione.* Ex quibus, cum primum illud speciali titulo sequenti convenire non possit, necesse est ad totam partem tertiam, nisi quid impediat, referatur. Cum autem significatio verborum et argumenti convenientia id flagitet; Justinianus prætorem secutus, hoc nomen ipsi parti toti imposuerit; Ulpianus et, sub hujus persona, Justinianus hunc generalem et ad contractus omnes pertinentem esse testetur: nihil dubii esse potest, quin sit re vera generalis et totius partis titulus, distinctus a sequentibus membris duobus, in quibus titulus specialis sequens contineri intelligitur. His tot concurrentibus rebus (quas multas supra ostendi) quæ hanc sententiam certam, ac non tantum exploratam faciant; magnam aliquam et evidentem rationem esse oportebat, quæ istos hanc sententiam mutare cogeret, atque ita cogeret ut, dum eam vitarent, non dubitarent non modo superiora nihili facere, sed etiam accersere sibi miseram illam conjunctionem duorum membrorum de qua dixi; quæ suscepta, in tam multas tamque manifestas reprehensiones eos conjiceret. Quæ sunt ergo istæ tam graves et evidentes caussæ ab hac sententia, et omnium interpretum in hac re consensu discedendi? Et animadverto fere esse quatuor; quæ quales sint, malo ex re ipsa, quam verbis meis æstimari: de quo superest ut, pro instituto, breviter dicatur. Quærunt ergo, si secunda et tertia habent titulum generalem, cur non habeant reliquæ; significantes videlicet reliquas ejusmodi titulum non habere; si non habent, ne has quidem duas habere dicendum esse. Respondeo, et prius esse falsum, et quamvis concederetur, tamen posterius perperam colligi, et per se item aperte falsum esse. Habent vero et titulum generalem aliæ par-

tes quæ quidem hunc potuerunt admittere.

20 Nam et quintam partem † appellat Justinianus *De testamentis* in *L. 2 §. quintus, C. de vet. jur. enucl.*, idque non minus diserte, nec minus ex professo, quam prius secundam dixerat appellari *De judiciis*, tertiam *De rebus*. Nihil ad rem pertinet quod in Pandectis Florentinis, eum ad quintam partem ventum est, non est præfixus initio titulus *De testamentis*. Cum enim constet quod nomen quemque titulum Justiniani constitutio ei parti in compositione Pandectarum tribuerit, aut hujus tituli omissio in illis Pandectis vitiosa est (quod est verius), aut certe non facit omissio quominus verum sit, Justinianum eam quoque partem communi nomine appellare, *De testamentis*; neque id temere, ne quis forte hanc appellationem rejiciat, sed titulo ei parti ita convenienti, ut nihil potuerit dici convenientius. Est enim re vera tota ea pars de testamentis, et supremis voluntatibus; nam quod isti dicunt, constitutionem Justiniani a tertia parte reliquarum partium singulos libros singulares facere, non eget refutatione nostra, cum apertis verbis ipsius constitutionis coarguatur; nam in *d. §. quintus* hæc verba sunt: *quintus autem exoritur nobis Digestorum articulus, in quem de testamentis et codicillis tam privatorum quam militum, omne quidquid antiquis dictum est, inveniat quis dispositum* QUI DE TESTAMENTIS APPELLATUR. Et hunc articulum, paucis verbis interjectis, partem quintam nominat. Faciamus tamen non ita esse, et a parte tertia, reliquas partes generalem titulum apud Justinianum non habere. An ideo consequens est, istas de quibus quæritur, non habere? Quid enim? an non potuit Justinianus ita rem arbitrii sui instituere, ut quibusdam partibus nomina totius partis communia attribueret, quibusdam non attribueret? Quod si natura potuit et fecit, quid tergiversamur? Atqui hæc illum fecisse certum est; secundam enim ex professo appellari ait *de judiciis*, tertiam *de rebus*. Esto igitur non item appellarit cæteras ullo nomine, nullam quoque hujus varietatis rationem habuerit; non propterea minus verum est illum fecisse quod fecit. Conjecturis locus esse potest in re dubia, ut in suspicionem hujus aut illius rei adducamur: in certa, stulte conjecturas quærimus, ut quod factum esse constat, non esse factum probemus. Constitutio ergo Justiniani aperte ita scripta est, ut constet eum quibusdam partibus generalia nomina et generales titulos imposuisse, quibusdam non imposuisse. Sive recte id factum est, sive secus, nunquam tamen facil reprehensio efficiet quominus constitutio ita scripta sit ut diximus.

Verumtamen, ne amplius isti † quærant, 21 si secunda et tertia pars habent titulum generalem, cur non habeant reliquæ, et ea re, quasi desit hujus facti ratio, scrupulum injiciant lectoribus: en, habent rationem in promptu, eam quam jam supra reddidi, judicio meo ita dilucidam et expeditam, ut qui animadvertet, nunquam dubitaturus sit quin, ut hic in partibus designandis variavit Justinianus, ita quoque facere debuerit. Prima, secunda, tertia, et quinta pars Digestorum, constitutione Justiniani, habent unaquæque titulum generalem, reliquæ non habent, scilicet quia illæ ita ferunt ut habeant, hæ non ferunt. Quippe illarum singulares tituli, propter communionem argumenti et generis de quo illic tractatur, recipiunt omnes, ut uni nomini quod tractationi convenit, subjiciantur. Posteriorum tituli, propter tractatuum dissimilitudinem et disjunctionem, commune nomen non admittunt; id quod cum ante satis ostenderim, et ex iis quæ de singulis partibus in constitutione Justiniani scripta sunt, liquido possit constare, non est necesse hoc loco persequi longius. Deinde, ut probent titulos hos *De judiciis*, item *De rebus creditis*, non esse generales et totius partis secundæ et tertiæ, negant eos pertinere ad omnes libros qui illis partibus continentur. Titulum quidem *De judiciis* specialem esse inde constare ajunt, quia de judiciis et officio judicis in eo tantum titulo tractetur, qui partis secundæ primus est. De titulo autem *De rebus creditis*, qui primus est partis tertiæ, idem dicunt, quia nihil pertineat ad titulum De jurejurando, nihil ad titulum De in litem jurando, nihil ad condictiones indebiti, ob rem dati, sine caussa; quæ, inquiunt, sunt ex bono et æquo, non ex contractu. Hic ego, de titulo *De judiciis* primum respondeo, recte illos et vere dicturos fuisse hunc titulum esse specialem, si, ut ipsi sibi concedi postulant, judicia illic acciperemus disceptationes legitimas quæ apud judicem de re controversa exercentur; sic enim fieret quod dicunt, ut de his in primo tantum titulo tractaretur, eoque nihil titulus ad sequentes pertineret. Sed faciamus illic verbo judiciorum significari actiones. Hic jam illorum ratio concidet: ac, commutata ratione, eveniet ut ipsorum etiam confessione titulus sit generalis ac totius partis, utpote in qua de actionibus in rem agitur, ad quas generaliter is titulus pertinet. Atqui jam initio pla-

num feci, neque instituto Justiniani, neque partitioni initio Pandectarum propositæ, neque subjectæ deinceps illi titulo tractationi convenire posse, ut *de judiciis* illic aliter intelligamus, quam ut sit *de actionibus*. Generalis igitur est titulus, ipsorum etiam sententia, et ad omnes libros ejus partis pertinens, non specialis. De titulo *De rebus creditis*, neque illis assentior in eo quod sumunt, non pertinere hunc ad eos speciales quos recensent; neque, si hoc verum esset, ideo efficitur hunc titulum non esse generalem, et toti parti non recte tribui.

22 Primum, verum non † est, titulum *De rebus creditis*, qui idem est de contractibus, nihil pertinere ad jusjurandum et ad conditiones. Jurisjurandi quidem de quo hic agitur, finis præcipuus est ut a lite discedatur, *L. 1. infr. de jurejur.*; sed tamen, ut hic effectus obtineatur, placet, si deferente adversario actor juraverit sibi deberi, jurisjurandi contrahi obligationem inter eum qui detulit et eum qui juravit; nam hoc jurejurando teneri eum qui detulit constat, comparata in eam rem adversus eum in factum actione ad similitudinem judicati, *§. item, si quis postulante, Inst. de act. L. actori, C. de reb. cred. et jur.* Atque est hæc actio ex conventione ejus qui detulit, ea lege ut a lite discederetur, et ejus qui conditionem accepit, *L. sed etsi servus, 1, qui jurasse, seq. §. ult. infr. de jur.* Est igitur obligatio et actio ex contractu, si quidem recte definitur contractus, duorum pluriumve in idem placitum atque conventio qua alter alteri obligatur, ut docuimus definiri ad *L. 1. infra.* Et cur non admittamus hic obligationem contrahi? nam et judicio contrahi traditum est: contrahi, inquam, ut stipulatione, idest proprie, non autem quasi contrahi, *L. 3. §. idem scribit, infra de pec.* et hoc propter consensum qui inter litigantes in lite contestanda interponitur, ut quod judicatum erit, id sequantur. Cum tamen hic consensus sit coactus, extortus nimirum ab eo qui litigare cogitur aut rem amittere; quanto magis dicendum est contrahi jurejurando, ubi hoc interposito disceditur a lite, spontaneo non coacto consensu, et vis jurisjurandi eadem est, aut major etiam quam rei judicatæ? *L. post rem, infr. de re jud. L. 2. infr. de jur.* Habet, fateor, jusjurandum et alios effectus complures, ut probationis, solutionis, novationis, litis contestatæ, *L. 5. §. dato, L. qui jurasse, §. ult. et L. seq. infr. de jur.* propter quæ, aliis atque aliis argumentis juris varie nec male subjici potest. Sed quid refert, si hunc quoque habet ut, actore conditione delata jurante, obligatio contrahatur?

Condictio autem indebiti plane † ex con- 23
tractu est et negotio gesto: quia qui non debitam pecuniam ut debitam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit et contrahit, ac nisi contraheretur, nulla hinc nasceretur obligatio aut actio, auctore Juliano in *L. si arca, infr. de cond. ind.* Et merito, si verum est quod idem scribit in *L. non omnis, infr. hoc tit.* non omnem numerationem obligare eum qui accepit, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. Agitur quidem id tacite, dum qui tamquam debitum solvit, tacite hoc dicit, si debitum non sit, se datum nolle; sed ea res conventionis vim non impedit, nam et tacitæ conventiones valent non minus quam nuncupatæ, *L. 2. L. 4. supr. de pact.*; unde et illud semper, in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum, *L. 3. infr. hoc tit.*

Apertius etiam negotium † geritur de 24
pecunia reddenda, cum dedi tibi ob caussam, ut dares aut faceres; hæc enim caussa ac veluti conditio dicta *ut des aut facias*, contrariam conditionem continet, *ut, si non des aut facias, ne ipse quidem datum velim*, L. quibus, *§. 2. in fin. infra de con. et dem.* Hæc pro re brevius, quia suis locis a me pluribus exposita et confirmata sunt: sed pro instituto nunc sufficient, ut intelligatur titulum hunc etiam ad istas species pertinere; ut si nihil obstet aliud quominus videatur hic titulus generalis, quam quod dicatur his rebus non convenire, nihil sit omnino quod impediat; sed ne necesse sit in his laborare, sint sane vel hi vel alii tituli in hac parte, in quibus de obligatione ex contractu descendente non agatur, ut non agi constat sub titulo De condictione furtiva.

Non eo tamen minus titulus *De rebus*
creditis, † generalis sit, aut minus recte tota 25
pars ex eo appelletur. Generalem quidem non minus esse constat. Quomodo enim non generalis, qui verbis generalibus propositus *De rebus creditis*, credendi verbo generaliter omnes contractus continet? Nam hac nota Ulpianus generalem definit in *L. 1. infr. hoc tit.* Quod si omnes continet, quomodo non contineat eos qui hic proponuntur, et ad quos generaliter pertinet? Atque ut hoc nomine generalis est; ita non, si omnes speciales subjecti non sunt de contractibus eo minus titulus *De rebus creditis* generaliter toti parti recte tribuitur, ut hoc nomine tota appelletur. Aut enim tituli, quamvis de aliis rebus constituti, si seorsim specten-

tur, tamen vi ipsa ad contractus pertinent, dum per occasionem inseruntur obiter, ut contractuum ratio ex comparatione magis intelligatur; aut, si ne hoc quidem est, tamen scimus, cum nomina rebus imponuntur, si nomen per omnia rei convenire non possit, solere rem a potiore, aut præcipua parte nominari. Constat autem in hac parte, etsi obiter alia quædam inserta sunt, tamen præcipue et ex professo agi de contractibus, et quidem ita ut, paucissimis caussis exceptis, tota pars in his exponendis versetur. Quapropter pauci illi tituli qui alienis de rebus videri possunt, appellationem totius partis non infringunt.

26 Quærunt † præterea, si adeo generalis est titulus *De judiciis* ut diximus, cur non et ei subjecti sint tituli sequentium partium, cum judicii verbo, quo quidem actio significetur, omnis actio tam in personam quam in rem contineatur. Item, si adeo generalis est titulus *De rebus creditis*, cur ei etiam subjecti non sint tituli de pignoribus, de ædilitio edicto, et evictionibus, et usuris? Respondeo, id fieri non verborum significatione, sed auctoris instituto, cui visum est hæc ita certis et propriis sive titulis sive appellationibus distinguere. Quod cum fit, evenit hic quod regula juris traditur, ut ex voluntate loquentis per speciem generi derogetur, *L. in toto jure, infr. de reg. jur.* Habet autem regula hanc sententiam: quoties, genere posito, aliqua species nominatim ponitur et de ea proprie constituitur aliquid, toties speciem eximi de genere placet. Exempta, facit ut tanto minus in priore genere relinqui intelligatur, *L. si peculium, in pr. infr. de manumiss. test.*; qua ratione recte ita dicemus: Titulus *De judiciis* generalis est, et ita generalis, ut significatione verbi æque contineat in personam et in rem actiones: sed tamen dicimus eo contineri tantum secundam partem, in qua de actionibus in rem solum agitur; scilicet quia, cum ad actiones in personam ventum est, huic generi tractando propriæ partes et proprii tractatus attribuuntur, qui et designantur suis quique appellationibus. Hoc modo eximitur species de priore genere, qua exempta necesse est in appellatione generali priore id solum manere quod exemptum non fuit, idest actiones in rem; sed hoc, inquam, quia auctori ita visum est, non quia verbi significatio alias quoque species non admittat. Interim is titulus, et verbi significatione, et auctoris instituto, hactenus saltem generalis manet, ut utraque re ad totam partem secundam pertineat. Similiter et titulus *De rebus creditis* generalis est, complectiturque, ut est verborum significatio, contractus omnes, non tantum qui exponuntur in parte tertia, sed etiam reliquos, et præterea tractatus omnes sequentes qui ad contractus pertinent. Sed visum est Justiniano, separatis tractatibus, et quidem in parte quarta, agere de pignoribus, de ædilitio edicto, de evictionibus, de usuris. Fecit ea distributione, ut non amplius hæ species subjicerentur priori titulo *De rebus creditis*, quem titulum parti tertiæ imposuit; non tamen quia non continerentur significatione verbi, sed quia voluntate et tractatione ejus, essent exemptæ et detractæ generi priori. Quo factum est ut generalis quidem esset nunc quoque is titulus, sed ita ut ad species tertiæ parti subjectas tantum pertineret. Licet hoc et in titulo *De actionibus empti* facile animadvertere. Is titulus plurali et generali verbo propositus, haud dubie generalis est, saltem hactenus ut pertineat ad omnem caussam, ob quam judicio empti et venditi agitur. Itaque, ut judicio empti ob evictionem et ad redhibendum agi potest, *L. ex empto, in pr. et §. 1. infr. de act. em.*, sic actio de evictione et redhibitione verbis ejus tituli continetur. Videmus tamen in parte quarta propriis et longe dissitis titulis de utroque actum esse: quos tractatus perspicuum est titulo *De actionibus empti* non contineri. An quod non sint species ad id judicium pertinentes? Imo ideo quia, cum Justinianus de his specialiter tractare constituisset, eas species ex illo genere exemit. Num ergo, quia sunt exemptæ, ideo quisquam colligit titulum *De actionibus empti* ad reliquas caussas quæ judicio empti continentur, generaliter non pertinere? Imo ipso generaliter pertinebit ut prius, quia quæ caussæ detractæ non sunt, eas necesse est generi relinqui. Summa est: Non si generali alicui titulo species aliquæ exemptæ sunt, pro arbitrio et consilio scriptoris, ideo titulus generalis esse desinit, quin saltem ad eas species semper pertineat quæ ei relinquuntur. Titulo *De judiciis* seu parti quæ hoc titulo inscribitur, eximuntur res creditæ et in universum in personam actiones, at non etiam actiones in rem. Ut igitur actiones in personam amplius ei subjectæ non sint, at certe relinquuntur posteriores quæ, ut vi et significatione verbi eo continentur; ita necesse est et ei subjici scriptoris instituto, a quo non sunt detractæ. Idem dicendum est de titulo *De rebus creditis*. Detrahuntur huic titulo, seu ei parti quæ hoc nomine appellatur, singulares illi tituli quos diximus, de

æditilio edicto, et sequentes aliquot qui in quartam partem rejiciuntur: at relinquuntur ii omnes qui sub parte tertia, et sub eo titulo proponuntur de contractibus; quare ad eos quoque generaliter ut prius, pertineat necesse est. Nec quia non omnes species ei subjiciuntur, ideo generale nomen repudiandum est; cum enim, genere posito, species aliquæ a genere distinguuntur, fit ut generis nomen quod prius fuerat, ad speciem contrariam contrahatur; idque in jure maxime usitatum est, ut in adoptionis, cognatorum et actionis verbis intelligitur; quæ generalia cum sint, tamen, cum adoptioni arrogatio, cognatis agnati, actioni petitio subjicitur, speciei contrariæ nomen obtinere incipiunt; nec aliter juris auctores loquuntur. Quod ad tractatus propositos attinet, distinguendi species posteriores a prioribus generibus, et proprias partes, proprios tractatus, propriaque nomina his attribuendi, ratio hæc fuit, ut species quæ notabilem et singularem habent tractatum, melius notarentur, ac notatæ facilius possent intelligi. Hoc enim ita fit, si ex confusione generis exemptæ, tractentur separatim, et suis quæque titulis aut nominibus designatæ, velut in illustri aliquo loco conspiciendæ proponantur. Huc que pertinet sententia Labeonis quæ refertur in *L. item apud, §. ait prætor, ne quid, infr. de inju.*, ea quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videri quasi neglecta. Quæ cum ita sint; quid est in his, quæso, quod nos a rebus tam certis, et manifestis abducere debuerit?

27 Restat † tamen scriptura Florentina, qua una moveri videtur Antonius Augustinus, ut in utraque inscriptione partis secundæ et tertiæ unum titulum specialem agnoscat. Quippe in Pandectis Florentinis inscriptio prima, partis secundæ tota, uno contextu legitur hoc modo: *De judiciis, et ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Sic et prima inscriptio partis tertiæ proponitur uno contextu his verbis: *De rebus creditis si certum petetur, et de condictione.* Et quod ad dubitationem facit, utrique inscriptioni intelligi debent subjecta esse hæc verba: *Titulus primus*; etsi enim in illis Pandectis non exprimuntur, satis tamen significantur ex titulo sequenti, cum in utraque parte is titulus dicitur titulus secundus. Ad hanc scripturam ille nos revocat, et quia unus utrobique contextus est, unum quoque utrobique titulum esse vult, non (ut Haloander ex Norico codice restituit) duos. Cum autem titulus uterque totus generalis esse non possit et totius partis; hinc facile colligere possumus hoc eum sentire, utrumque titulum esse specialem. De quo breviter hoc responsum volo: Si Antonius Augustinus potiorem habuisset rei quam verborum aut scripturæ nescio cujus rationem, numquam commisisset ut in re manifesta reprehenderet Noricos libros aut Haloandrum, qui ex eorum librorum fide eas inscriptiones distinxit; sed hos secutus, collaudasset potius; et, si potuisset fieri, scripturam Florentinam ad hanc sententiam, cum omnibus aliis interpretibus, ita accipiendam esse docuisset. Nunc autem fecit præpostere, et valde indignum Jurisconsulto qui, non dico verbis (quæ in Noricis et Florentinis libris eadem sunt), sed apiculis, vel potius apiculorum omissioni plus tribuerit, quam certæ significationi verborum, et manifestæ Justiniani voluntati; denique quam certæ rei, quæ efficeret hos titulos *De judiciis* et *De rebus creditis* in his inscriptionibus esse generales, et totius partis subjectæ: Manifestam hanc esse sententiam tituli *De rebus creditis* (ut hunc tantum exempli gratia nunc attingam) dicent omnes qui tria illa quæ supra posui, meminerint; primum Justinianum tribuisse hunc titulum toti parti, non uni alicui speciali tractatui; deinde, in *L. 1. infra*, ex professo scriptum esse hunc titulum esse generalem, et contractus complecti omnes; quæ interpretatio non potuit, nisi ad titulum hic propositum a compositoribus referri; postremo, qui meminerint, quod diligenter et perpetuo meminisse oportet, hæc verba *De rebus creditis*, non posse connecti cum his *si certum petetur*, ut ex omnibus conjunctis efficiatur unum membrum; separata autem illa ac per se posita, non posse efficere titulum specialem qui proximo tractatui conveniat; cum titulus *De rebus creditis* idem valeat atque *de contractibus*, quem posteriorem totius partis titulum esse constat, ad specialem autem tractatum sequentem pertinere non posse. Hæc, inquam, qui meminerit, non dubitabit certam esse hanc significationem hujus tituli, ut sit generalis totius itidem partis; proinde distinctus ab eo qui sequitur in eadem inscriptione, estque omnium consensu specialis. Quo animadverso et bene constituto, si scriptura Florentina dissidere videretur, erat officium boni et veri interpretis vitium scripturæ agnoscere, et ex aliis exemplaribus, atque adeo sine aliis exemplaribus, ex aliis certis locis juris emendare, potius quam ex vitio scripturæ manifesto certam rem et sententiam evertere conari. Sed, ut intelligatur nihil hic ista emendatione opus esse, quoque magis liceat agnoscere in hanc re vitiosam religionem Augustini; videamus

quid illum coegerit tandem inscriptiones istas Florentinas aliter accipere quam ut in his duo tituli essent, unus generalis, alter specialis. Nihil hic idoneum reperiemus. Quid enim prohibet quominus in initio cujusque partis secundæ et tertiæ duo sint tituli continenter, atque adeo conjuncta scriptura positi? quia ambo pariter pertinerent ad sequentia; singuli tamen per se suam vim et suam significationem retinerent; verbum autem tituli primi, quod intellectum pro subjecto accipitur, ad proximum tantum specialem referretur. Omnino vero sic recte accipi potest inscriptio partis secundæ, quasi ita scriptum esset: *Sequitur De judiciis pars secunda, et Ubi quisque agere vel conveniri debeat*, titulus primus hujus partis; ut titulus primus referatur ad proximum ex his titulum, non ad titulum *De judiciis*. Eadem ratio est inscriptionis partis hujus tertiæ. Nam et hæc sic recte potest accipi: *Sequitur De rebus creditis, pars tertia Digestorum. Si certum petetur, et de condictione*, titulus primus hujus partis; ut et hic tituli primi nomen ad proximum specialem referatur. Hæc ita accipi debere concedent omnes, si ista ita distincta essent, ut post titulum *De judiciis* et titulum *De rebus creditis*, intervallum aliquod aut punctum intercederet, quo distinctio titulorum sequentium notaretur: nunc hæc in Pandectis Florentinis omissa sunt, et membra superiora continenter et sine intervallis sunt proposita. Nempe hæc judicio lectoris relicta sunt. In quo si nullam distinctionem titulorum agnoscimus, cum esse debeat, aut pro puncto periodico incisum inducimus; hoc jam non scripturæ, sed nostrum vitium est, qui non noverimus titulum generalem a speciali in his inscriptionibus distinguere, ut huic deinde differentiæ convenientem interpunctionem et scripturæ distinctionem adhibeamus. At enim potest utraque inscriptio, ut in Pandectis Florentinis scripta est, ita accipi ut tota sit unus titulus, et verbum tituli intellectum, ad totam inscriptionem præcedentem referatur. Fateor: sed, hoc concesso, nihil aliud efficitur nisi scripturam esse ambiguam, quæ in hanc aut illam partem trahi possit. Quid autem in scripto ambiguo faciendum videtur? quod nos certa juris præcepta in hac re sequi jubent, nempe quod rei gerendæ et tractandæ est aptius. *L. quoties idem, infr. de reg. jur.*; in primis autem quod vitio caret, *L. in ambigua, supr. de legib.*; sed omnium maxime, quod apparet voluisse eum qui loquitur, *L. 3. infr. de reb. dub.* Quæ omnia in hanc rem concurrunt, ut titulum *De rebus creditis* generalem esse accipiamus. Nam primum, tractationi de contractibus subjectæ titulus convenit, ut qui significet et ipse de contractibus. Tum aliter interpretantibus, incidit interpretatio in multa vitia et ea manifesta, ut ostendi. Postremo, certum est Justinianum ita hunc titulum usurpasse, ut totius partis esse vellet, quippe qui diserte totam partem hoc nomine appellarit. Quæ cum in oratione ambigua, animadversa aut certe servata non sint ab Augustino; apparet eum, dum quidquid in Pandectis Florentinis objicitur, nimia religione eorum librorum amplectitur, corticem tantum scripturæ inspexisse, rem ipsam quæ inerat, religione tactum, secure neglexisse. Sic enim malo dicere, quam doctum virum non percepisse quod quærenti non essent obscurum, quodque etiam illi facile futurum fuisse arbitror, si attendere ad rem paulo diligentius voluisset. His expositis, si intelligimus hos titulos *De judiciis* et *De rebus creditis*, re ac mente auctorum, nisi generales esse non posse, cur autem id negetur, nullam omnino caussam esse; ratum hoc esse debet quod diximus, et ad inscriptionis propositæ explicationem doceri necesse fuit, duos inesse in inscriptione hac titulos; generalem et totius partis illum *De rebus creditis*, et specialem qui sequitur *Si certum petetur, et de condictione*. Quos si spatiis distingui placet, ut in Noricis libris, bene est; tanto certius distinctio quæ in re est, intelligetur. Sin retinetur scriptura Florentina, ne hoc quidem incommodum est, et ferri potest sine vitio, dum tamen admoneamur in harum partium inscriptionibus, secundam partem dico et hanc tertiam, debere secundum supra scriptam istam distinctionem duorum titulorum intelligi, ut tituli *De judiciis* et *De rebus creditis* generales sint; quæ autem membra at existunt, tituli sint speciales, tum deinde verbum tituli primi, si quod subjectum intelligi placet, sic exaudiatur ut ad hos solos proximos et speciales pertineat, secundum ea quæ diximus. Sunt ergo in Pandectis tituli generales, non ad paucos titulos subjectos tantum, sed ad partes etiam ipsas totas pertinentes; ex quo numero est in inscriptione prima partis secundæ titulus *De judiciis*; in hac autem partis tertiæ hic ipse *De rebus creditis* de quo quærebatur. Atque hæc de priore parte inscriptionis satis.

CAP. II.

TITULUS

SI CERTUM PETETUR, ET DE CONDICTIONE,

SPECIALIS, ET QUAM SIGNIFICATIONEM HABEAT.

SUMMARIA.

1. Certum *quid? et pro mutuo nusquam usurpatum, minime autem in hoc titulo.*
2. Petetur *hic, non* repetetur, *et quid hoc verbum significet.*
3. *Condictio certi specialis nulla ; multoque minus conditio specialis de mutuo his verbis tituli, et* de condictione *intelligi potest.*
4. *Edictum de certi condictione, quale et quo initio?*
5. *Edictorum conceptio usitata.*
6. *Edicto de certi condictione, nominatim expressum tantum de mutuo.*
7. *Mutui actio nulla certa, nisi certi condictio ex hoc edicto.*
8. *Edicti prima verba, modo condictionem, modo edictum ipsum, modo actionem edicti significant.*
9. *Actio* si certum petetur, *quæ?*
10. *His verbis* Si certum petetur, *hoc titulo significari edictum cujus initium hoc fuit, et tituli sententia.*
11. *Hæc verba* et de condictione, *non esse otiosa ; et quid in hoc titulo significent.*
12. *Tit.* Si certum petatur, *C. quomodo accipiendus.*

Altera pars inscriptionis est *Si creditum petetur*, et *de condictione;* quem titulum specialem esse et ad proximum tractatum solum referri inter omnes convenit. De significatione ambigitur; atque hæc ambigendi caussa. Agitur sub hoc titulo, non de omni condictione, sed de condictione certi, ut patet ex *L. certi. infra;* utro ergo ex his membris de hac significari volumus? Si priore, quid significabit posterius *de condictione*, nisi hanc ipsam? Si posteriore, quid significabit prius illud *si certum petetur*? Non est satis: agitur sub eodem titulo et de mutuo, et quidem de hoc proprie et præcipue, ut indicat *L.* 2. et reliqui tituli tractatio. Si hoc caput omissum est, quomodo titulum defendemus? nam, cum titulus omnis ad rem subjectam indicandam comparatus sit; sint autem duo hæc capita tractata sub hoc titulo: non potest titulus non esse vitiosus, nisi utrumque hoc caput complectatur. Sed erit omnium vitiosissimus, si in eo quod omissum est, id omissum reperiatur de quo maxime hic caveri oportebat. Quod si in eo et de mutuo comprehensum est, ad quod ex his membris id caput referemus? nihil enim plane utroque membro de eo expressum videtur. Hanc dubitationem intelligens Accursius, eique occurrere volens, idest hoc ipsum tentans efficere, ut titulus tractationi subjectæ respondeat, sic hæc verba interpretatur: Si certum, idest mutuum petetur, idest repetetur, et de condictione, nempe certi, tam generali ex omnibus aliis caussis quam speciali ex mutuo. Quod ego, ut a verbis alienum prope putarem indignum relatu, nisi cum Bartolo alii fere omnes ut certum reciperent, in quibus est etiam Alciatus hoc loco: et præterea esset aliquid non ita improbabile, quo ea interpretatio defenderetur. Dicunt enim *certi* verbum generale esse si per se spectetur : sed non esse novum ut generale quod sit, ex instituto auctoris et tractatu subjecto ad speciem revocetur; idque hic factum esse: intelligi autem ex eo, quod agatur hic de mutuo et eo solo, non etiam de cæteris contractibus. Confirmatur hæc sententia non parum titulo secundo Libri quarti Codicis; nam, cum sub eo de mutuo solum tractetur, non item de condictione, unus tamen hic titulus est *Si certum petetur ;* ubi nisi *certi* verbum pro mutuo accipitur, nihil reperiunt quod rei subjectæ conveniat. Sed omnia refragantur

quominus hunc titulum ita accipiamus; in primis quidem, verborum significatio; sed non minus, atque haud scio an etiam magis, certa juris auctoritas de eorum verborum definitione.

Nam, quod ad verbum *certi* attinet, quis unquam veterum ita ✝ certum usurpavit ut, eo solo posito, mutuum significaret? Scimus quid certum significet Latinis: nomen hoc est non substantiæ, sed qualitatis, quod dubio et incerto opponitur; significatque in rerum demonstratione, quidquid ita demonstratur, ut quid, quale, quantum sit appareat. Non est hoc mutui proprium, sed ad omnes res omnesque contractus in quibus eadem definitio sit, pertinet. Mutuum quidem certum; sed non minus et res aliæ in aliis contractibus, ut centum aurei stipulatione promissi, ut fundus Tusculanus, ut pretium in emptione. Quæ res facit ut verbum hoc in mutuo proprie poni nec possit nec debeat. Quid veteres, et maxime auctores juris, quomodo hoc verbo utuntur? Declarant eorum certæ de eo verbo in jure definitiones. Stipulatio certa esse dicitur, in quam certum deductum est. Certum hic illi definiunt, non utique mutuum, sed quod supra diximus, idest quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumve sit, *L. stipulationum quædam. et L. ubi. seq. infr. de verb. obl.* Proposita est certi condictio ex hac caussa, Si certum petetur. Quod hic certum illis significet, apparet, cum dicunt hanc cumpetere non ex mutui tantum caussa, quasi *certum* in usu juris significaret mutuum; sed ex omni caussa omnique obligatione ex qua certum petitur, *L. certi, infr.* At enim hic restringitur certi significatio, inquiunt, et quod per se alias generale est verbum, hoc loco pro specie mutui usurpatur. Ne hoc quidem verum est. Reclamat hic quoque Pauli definitio, tradita in *L. centum, infr. eod.* Sumptus est is locus ex libro Pauli ad edictum vicesimo octavo. In eo egit de mutuo, ut indicat *L. 2.* ejusque legis inscriptio *infr. eod.*; et tamen eo ipso loco ubi maxime conveniebat, de mutuo agentem *certi* verbum de mutuo interpretari, aut certe monere ita aliquando accipi, si quidem is unquam usus esset verbi apud juris auctores, certum definit id ipsum quod diximus, omne cujus species vel quantitas quæ in obligatione versatur, vel nomine suo vel qua alia demonstratione, qualis quantave sit ostenditur. Continet hæc definitio res omnes certas, non mutuum dumtaxat; potest enim quantitas etiam ex alio contractu deberi, species autem plane in mutuum non cadit, *L. 2. §. 1. infr.* Et hæc quidem, ut dixi, in eo libro in quo Paulus de mutuo et de certi conditione agebat, quibus ipsis de rebus et hic titulus conceptus est. Atque, ut de loco Pauli unde ea definitio sumpta est, affirmare nihil possemus; tamen, cum definitio translata sit in hunc titulum, nemo dicet alio referri debere quam ad verborum tituli explicationem, si modo in titulo id verbum extaret. Sic, et in *L. 1*, interpretatio verborum *crediti et rei*, licet Ulpiani sit titulum edicti perpetui enarrantis; tamen, cum sub titulo de rebus creditis qui hoc loco præpositus est, usurpata sit, omnes admittunt ad hujus ipsius tituli explicationem referri. Et vero sermonis ratio non patitur ut certi appellatio peculiariter de mutuo usurpetur; generis enim nomen interdum ad speciem restringi solere scimus; sed tunc solum id fit, cum aut generi subjectæ sunt paucæ species, puta duæ, quarum una proprio nomine appellatur; ut necesse sit generis nomen in altera specie relinqui (quod fit in verbo adoptionis, *L. 1. supr. de adopt.*; cognationis, *L. non facile. §. L. Jurisconsultus, §. 1. infr. de grad. et aff.*; actionis, *L. pecuniæ. §. actionis, infr. de ver. sig.* et similibus), aut cum propter excellentiam, quod generis est nomen, id uni speciei tribuitur, ut cum legem dicimus quæ maxime lex est et inter cæteras excellit, nempe legem pop. Romani; constitutiones, quæ maxime tales sunt, nempe constitutiones Principis, cum quidquid constituitur ab his qui constituendi jus habent, id lex sit et constitutio, *§. constat, et §. sed et quod, Inst. de jur. nat.* Nihil istorum est, propter quod certi verbum ad speciem mutui transferatur. Sic enim generale est nomen, ut rerum certarum innumerabiles sint species, non tantum numero, sed genere et ipsæ inter se differentes. Est aliquid certum in contractibus, aliquid in quasi contractibus; est in maleficiis, est et in quasi maleficiis; et singulorum generum species infinitæ. Quam igitur absurdum, cum certum nominaveris, ex illa infinitate et incertitudine rerum ad quas ex æquo hoc nomen pertineat, tamen in hoc verbo proprie mutuum intelligere! Perinde hoc sit omnino ut, si *animalis* verbo Pamphilum intelligere velimus potius, quam alios homines aut brutum, quia Pamphilus sit animal; *pecudis* verbo ovem potius, quam suem; *quadrupedis* bovem potius, quam equum. Quod attinet ad excellentiam rei significatæ, quid est in mutuo quod certitudine excellat, quamobrem *certi* verbo mutuum præcipue notari debeat? Pecunia quæ mutuo datur, certa est, sed non minus certi decem

aurei qui in stipulatum deducuntur, *L. stipulationum quædam, infr. de verb. obl.*; pretium quoque in emptione semper certum, ut quod et ipsum in pecunia numerata et definita consistat: cur ergo in eadem certitudine verbum *certi* potius mutuo tribuatur? Plus dicit: si placeret quasdam res certas verbo *certi* proprie designari propter excellentiam; non mutuum hoc verbo notari oportuit, sed species, aut eos contractus in quibus species certa deberetur. Stichus enim, omnisque species certo loco designata, hoc ipso quod species est, semper est certior quam centum aurei, et quidquid est quod generaliter promittitur aut debetur, ut in mutuo: specie enim promissa, certum est quid præstetur; neque id potest esse nisi unum, quamdiu pro re non præstatur æstimatio: genere promisso, saltem hoc incertum, quod corpus præstetur, cum sit in potestate promissoris solvere ex omni pecunia ejus generis, quam velit; omninoque ita est, ut genus semper sit incertum, si substantiam et numerum rei præstandæ spectes: tametsi, commoditate et utilitate rerum solutarum, habeatur certum in his rebus quæ pondere, numero, mensurave constant; quod quale sit, exposui ad *L. stipulationum quædam, in extrem. infr. de ver. obl.* Non est igitur *certum* in hoc titulo, ac nec potest esse aliud, quam id quod verbum Latinis significat, et quod significare id definitiones hujus tituli certæ ostendunt, idest, non mutuum, sed omne cujus species vel quantitas, ex ipsa pronuntiatione qualis, quantave sit ostenditur. Nec sane idoneum est hoc argumentum: quia de mutuo tractatur sub hoc titulo, nec ejus rei significatio in titulo omitti debet, ideo *certum* hic accipiendum esse pro mutuo. Potius enim inverti argumentum debuit, et ex certis ita concludi: *certum* non significat *mutuum*; quare his verbis *si certum petetur* non significatur *si petetur mutuum*; et si aliis verbis de mutuo in hoc titulo comprehensum non est, mentio mutui in eo est prætermissa. De significatione tituli *si certum petatur C.* dicam postea. Hæc de verbo *certi*.

2 Quod si hic non † significat mutuum, satis et illud sua sponte intelligitur, nec *petetur* recte accipi ut sit *repetetur*, sed omnem petitionem certi hoc verbo exprimi. *De condictione* autem quod interpretatur Accursius, ut sit de condictione certi generali et speciali, facit et hoc non minus, præter verba, quam superius, eum generis nomen ad unam speciem et eam certam refert. Fateor agi sub hoc titulo de certi condictione; sed non quid hic tractetur, sed quid verbis tituli significetur quærimus. Condictionis porro verbum unum condictionem continet tam incerti, quam certi; et si ex præcedentibus verbum restringi placet, non potest istis de alia condictione accipi, quam de condictione ex mutuo quod præcessit, si quidem ex ipsorum sententia *certum* valet *mutuum*. Repudiata igitur tota hac interpretatione vulgari quæ et tota aliena, ac non tantum nugatoria est, videamus quid de significatione hujus tituli certius dici possit. Et sunt qui perspicuam hanc et certissimam interpretationem esse non dubitent affirmare, ut his verbis *si certum petetur* polliceatur titulus generalem condictionem certi; his autem posterioribus *de condictione*, specialem condictionem ex mutuo. Ex quo etiam se assequi putant ut titulus tractationi quam maxime congruat, ut qui de mutuo deque certi condictione duobus tractatuis subjectæ capitibus complectatur. Et, ut his verbis interdum juris auctores utuntur, prius membrum recipere interpretationem potest, ut *si certum petetur*, idem valeat quod *de certi condictione*. Nam in *L. 1. infr. de cond. trit.* nominatur actio quæ appellatur *Si certum petetur*; de qua mihi dubium non est quin sit ea quæ aperte et significanter dicitur certi condictio, de quo paulo post. Sed nihil minus recipi potest, quam posterioris membri interpretatio; quæ et sententiam per se falsam continet, et si vera esset, tamen nec verbis, nec rei propositæ convenit.

Primum, verum non † est, ullam esse specialem condictionem certi ex mutuo. Ex hoc contractu condictio est; sed condictio certi eadem quæ ex societate, ex vendito et aliis caussis omnibus ex quibus certum petitur, competit. De quo quia mihi propositum est dicere ad *L. certi, infra*, in eum locum hujus rei discussionem rejiciemus. 3 Verum, ut demus esse condictionem specialem ex mutuo, quid minus convenit quam de ea hunc locum interpretari? Si de verbis quæritur, non inficior interpretationem esse perspicuam, et quidem ejusmodi quæ se in primis ostendat; sed perspicuitas in eo est, quod plane perspicuum est hanc verbis non congruere. Plus quam enim manifestum est, hæc verba *de condictione* non significare de speciali condictione, multoque minus de speciali ex mutuo. Generis enim nomen est *condictio*, non speciei; et si speciei esset, non ideo tamen intelligeretur de mutuo, potius quam de aliis contractibus huic speciei subjectis. Nec dicent, opinor, ideo se ita interpretari, quia sub hoc titulo agatur de mutuo. Jam enim dixi nos hic non de tractatione

subjecta, sed de significatione verborum tituli quærere. Quod si hanc rationem reciperemus, multo sane proclivius fuit ista ratione, cum Accorsio, *certum* interpretari *mutuum*, et *condictionem* certi condictionem quoniam de utroque sub hoc titulo agitur; quorum tamen utrumque ridiculum est, quia pariter a verbis aperte alienum, nec dissimile illi, si quis bovem qui in titulo nominaretur, interpretaretur equum, quia de equo sub eo titulo ageretur. Sed tamen demus hoc quoque, his verbis *de condictione*, significari de condictione ex mutuo; ne sic quidem titulus conveniet propositæ tractationi, idque duabus de caussis; et quod pollicetur de eo de quo sub hoc titulo non tractatur; et quia de quo tractatur, id non exprimit. Primum complectitur id de quo sub hoc titulo nulla est mentio: legimus enim multa hic ex professo tradita de condictione certi, quæ competit ex omnibus caussis ex quibus certum petitur, *L. certi, tota*, et *deinceps. infr.* De condictione ista speciali ex mutuo non modo nihil ex professo, sed ne tenuem quidem significationem usquam legimus. Tum vero idem iste titulus, quod ad rem pertinebat et indicatum oportuit, omittit; tractatur enim sub hoc titulo peculiariter de contractu mutui. Quæritur is titulus qui de hoc quoque complectatur. Id ista interpretatione titulus non assequitur; neque enim qui pollicetur de actione ex mutuo, idem et de mutuo pollicetur; et generaliter qui pollicetur de actione certa ex aliqua caussa, non ideo de caussa ipsa tractat aut pollicetur; alioqui dicendum erit, titulo De actionibus empti, promitti de emptione: titulo Si ususfructus petatur, promitti et de usufructu, idemque in similibus titulis dicendum fuerit: quod secus est; agitur enim separatim et propriis titulis de caussis istarum actionum, ut emptione et venditione, usufructu et similibus; post deinde de ipsis actionibus. Et, ne longius abierimus, promittitur hoc titulo de certi condictione ex omni caussa omnique obligatione ex qua certum petitur, neque tamen de caussis ipsis promittitur; unde nec de his hic agitur, nec quisquam vitiose id fieri existimat. Et merito; etsi enim non est actio nisi ex caussa aliqua præcedente, non est tamen idem actio, et caussa ex qua nascitur; tantumque inter ista interest, quantum inter caussam et effectum. Postremo, si hæc verba *si certum petetur* pollicentur tantum de certi condictione et ea generali, non etiam de speciali ista ex mutuo, hæc autem *de condictione* con pollicentur nisi de hac posteriore; titulus hic *si certum petetur* in Codice quid significabit? nempe de certi condictione, nihil de mutuo. Ita titulus ad subjectam tractationem nihil pertinebit, id est non erit ejus tractationis titulus; quandoquidem evenit contra, ut sub eo de mutuo agatur, nihil de certi condictione. Manifestius est igitur vitium hujus interpretationis, quam ut ea admitti potius quam superior illa vulgaris debeat. Quæ cum ita sint, sitque hæc omnis difficultas maxime ex eo, quod in hoc titulo etiam mutuo locum dare volumus; quid, si potius, omissa mutui ratione, titulum ita accipiamus, ut ad solam certi condictionem et hujus caussam referatur? Hoc quidem si placeret, expedita ratio fuerit, et quidem ita, non solum ut verba optime conveniant, sed nec in his membris duobus ullum redundet. Sic enim verba commodissime accipi possunt ut sit sensus, hic tractari quid sit juris ex hac caussa *si certum petetur*. Et quoniam jus hoc est condictio quæ proponitur, adjicitur tractari et de condictione; intellige, hujus caussæ propria, seu quæ ex hac caussa proponitur, idest de certi condictione. Hoc modo de condictione certi recte exprimitur, de qua agi sub hoc titulo certum est. Nec quia totus titulus ad condictionem hanc unam refertur, ideo unum membrum idem est cum altero; prius enim continet quæ sit actio ex hac caussa *si certum petetur*; posterius pollicetur de eo, qualis sit hæc actio et quibus ex caussis competat; quod et re vera sub hoc titulo præstatur in *L. certi, tota, et aliis aliquot sequentibus*. Sed hoc modo incidit titulus in id vitium de quo initio dixi, ut, cum de mutuo præcipue agatur sub hoc titulo nihil tamen titulus de eo polliceatur; quod vitium, ut si quod aliud, si potest, in hoc titulo vitandum est. Quid ergo dicemus? Ego puto recte dici, titulum hunc pariter et de condictione certi et de mutuo polliceri; et quidem verbis quam maxime significanter contineri utrumque.

Sed id ita intelligi potest, si prius † quale fuerit edictum *de certi condictione*, et quam ex eo significationem habeat hæc condictio *si certum petetur* dixero. Quod cum non magis ad significationem hujus tituli cognoscendam, quam ad explicationem totius tractatus subjecti pertineat: res postulat ut ex hoc ipso loco, jam nunc de eo quid nobis videatur, pauca dicamus. Edictum prætoris fuisse de certi condictione, ex eo intelligere possumus, quod Ulpiani tractatio quæ exstat sub hoc titulo de certi condictione, tota est ad edictum prætoris; sumpta est enim ex libro Ulpiani vicesimo sexto ad edictum, ut est inscriptio, *L. certi, infra*. Quod autem ibidem traditur, competere hanc condictio- 4

nem ex omni caussa ex qua certum petitur, indicat initium edicti fuisse ab hac conditione *si certum petetur*, hoc modo: SI CERTUM PETETUR, CONDICTIONEM DABO. Ejusque rei conjecturam facimus, cum ex sententia superiorum verborum, tum ex conceptione usitata edictorum. Primum, in sententia verborum, nihil interest utrum dicamus condictionem competere ex omni caussa ex qua certum petetur, an vero competere ex omni caussa *si certum petetur*; hæc enim demonstratio in futurum collata, ex qua certum petetur, in quod tempus prætores actionis caussam et promissionem conferre solebant, habet conditionem *si petetur*, ut illa: Stichum qui meus erit, *L.* 6. *infr. de legat.* 1.

5 Tum autem mos fere prætorum † perpetuus fuit in actionibus proponendis, statim ordiri edictum a caussa actionis proponendæ, eam autem caussam exprimere sub conditione; ut, si quidem illa præcederet, pollicerentur actionem se eo nomine daturus hoc modo: Si quis jus dicenti non obtemperaverit, *L.* 1. *supr. si quis jus dic.*; Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, *L.* 1. *in pr. et* §. 1. *supr. si quad. paup. fec. dic.*; Si mensor falsum modum dixerit, *L.* 1. *supr. si mens. fal. mo. dix*; si is cum quo agitur, condictione delata juraverit, *L.* 3. *infr. de jur.*; Si quis, omissa caussa testamenti, ab intestato possidebit hereditatem, *L.* 1. *infr. si quis, omis. caus. test.*; Si familia furtum fecisse dicetur, *L.* 1. *infr. si fam. fur. fe. dic.* et si qua sunt similia, quæ sunt infinita et in edictis prætorum passim occurrent. Interdum quidem hoc modo: Quod depositum erit, de eo actionem dabo, *L.* 1. *infr. com. L.* 1. *infr. depo.* Sed illo modo fere semper; hoc raro, quamquam et hic idem valet; habet enim eamdem conditionem: si quid commodatum, si quid depositum esse dicetur. Ex hoc ergo more perpetuo prætorum, probandum est fuisse et initium edicti de condictione in hæc verba *si certum petetur*; quæ et inde, ut omnino credi par est, sumpta in hac inscriptione, usurpata videmus. Atque hæc quidem hactenus ad omnem rem certam generaliter pertinent. Sed, etsi verum est prætorem hoc edicto pollicitum esse condictionem certi in universum, ex omni caussa ex qua

6 certum petitur; tamen puto sic edictum † fuisse conceptum, ut nominatim et specialiter exprimeret prætor de mutuo; de cæteris caussis, non nisi generaliter ediceret se daturum actionem, ut edictum totum ad hunc fere modum conceptum fuerit: *Si certum petetur, sive mutuum id erit quo nomine agetur, sive quæ alia petendi caussa, de eo condictionem dabo.* Ut putem prætorem nominatim edixisse de mutuo, non etiam de cæteris caussis, adducor partim tractatione subjecta, partim necessitate hujus contractus exprimendi. Tractatio subjecta ita est, ut constet sub hoc titulo *si certum petetur*, agi de mutuo, idque præcipue. Non recte ita agitur, nisi hæc tractatio ad edictum quod hic explicatur, pertineat. Sic autem pertinet, si et eo edicto de mutuo nominatim fuit comprehensum; nam, si de eo intelligebatur tantum ex appellatione generis, non minus et de cæteris caussis in hujus edicti explicatione agendum fuit, cum certi appellatio generalis non minus ad eas pertineret. Sed movet me in primis necessitas hujus contractus exprimendi; quæ ejusmodi est ut, nisi de eo exprimeretur, nulla omnino futura fuerit certa actio de mutuo, ac ne condictio quidem certi ex hoc edicto.

Occurrit enim, ante hoc edictum † nullam fuisse vulgarem et usitatam actionem ex hoc contractu. Argumento est quod, cum ex emptione actionem esse dicamus ex empto, ex societate pro socio, ex tutelæ administratione, tutelæ; omninoque ex aliis contractibus certis certæ sint et vulgares actiones quæ ex contractu nominentur, *L.* 3. *infr. de præsc. ver.*; tamen ex mutuo nullam ejusmodi actionem fuisse legimus, nusquam enim nominatur actio mutui seu ex mutuo; nam quod alicubi legitur actio pecuniæ creditæ, ut *L. pen. in fi. infr. de inst. act. et L. rescriptum*, §. 1. *infr. de dist. pig.*, non actionis mutui nomen exprimitur (id enim constat, mutuo olei, vini, frumenti, et similium rerum convenire non posse) sed significatur actio quæ sit de pecunia credita, seu pecuniæ creditæ nomine. Et vero nullam fuisse ejusmodi aut nunc esse, hinc constat, quod traditur *Inst. quib. mo. re. cont. obl.* unam ex mutuo nasci certi condictionem. Atqui hæc primum proposita est hoc edicto; unde, ut edicti hujus propria, ex verbis primis edicti appellator actio, Si certum petetur, *L.* 1. *infr. de cond. trit.*, de quo mox plura; ut plane consequens sit, neque hanc actionem ex mutuo, neque aliam ullam certam et vulgarem ante hoc edictum fuisse. Post hoc edictum esse cœpit; sed, ut dixi, sola certi condictio ex hoc edicto: at quomodo hæc ipsa de mutuo ex hoc edicto esse potuerit, videamus. Omnino vero esse non potuit, si generaliter tantum promitteretur certi condictio ex his caussis ex quibus certum petitur, seu promitteretur generaliter ex omnibus caussis *si certum pe-*

7

tetur. Etsi enim ex iis caussis ex quibus jure civili agi et peti quid potest, est mutuum, utpote in quo, si nihil aliud, at certe non sit nuda conventio, sed primus dem ea conventione, ut reddas, *L. juris gentium, in pr. supr. de pact* tamen hæc condictio *si certum petetur* edicto addita, mutuum excluderet, si ante nulla esset certa et volgaris actio ex eo contractu. Hac enim de caussa eveniret ut, cessante vulgari et usitato nomine actionis, sola hic competeret actio præscriptis verbis, *L. 1. et 2. infr. de præsc. verb.* Hæc certum non petit, cum ex ea agatur in id quod interest, etiam cum do, ut des, *L. naturalis. §. et si quidem, infr. de præscr. verb.* id autem quod interest, incertum, *L. si pœnam, infr. de verb. obl.* Quapropter, si vellet prætor etiam de mutuo condictionem certi introducere, quod illum voluisse ex ipsa actione quæ nunc est, intelligimus; necesse habuit et de mutuo exprimere, ut significaret, etsi ex eo ante non ageretur certi, seu non peteretur certum; tamen, quia in eo re vera inesset certum, se quoque id complecti, et de eo condictionem hanc dare. De cæteris caussis exprimere non fuit necesse, cum hæ satis verbis condictionis continerentur; quippe quæ certas et vulgares actiones haberent, ex quibus et certum peti poterat, si certum in obligationem venisset. Qua ex re, rursum adducor ut existimem hoc edictum potissimum mutui caussa comparatum esse, et vero in hoc solo contractu fuisse necessarium; sed accidisse hic prætori, quod et in aliis caussis usu illi venisse constat; ut, cum ex una caussa ex qua esset necesse, vellet introducere certi condictionem, occasione hinc nata, progressus sit longius et de genere toto certi edixerit, ut de his caussis polliceretur hanc actionem, etiam in quibus necesse non erat sed tantum utile; de quo amplius ad *d. L. certi, infr.* De stipulatione quidem certa, fuisse necessariam certi condictionem non minus quam de mutuo, declarat quod et de hoc genere non alia actio prodita est quam hæc ipsa certi condictio, *Inst. de verb. obl. in pr.* Sed verisimile est, ideo prætorem de stipulatione hoc edicto nominatim non cavisse, quia de eo proprio edicto, separatim edicendum putarit. Ei enim qui de stipulatione edicere vellet, eodem edicto et de stipulatione incerta cavendum fuit; quod nisi proprio edicto non potuit præstari, cum ex incerta stipulatione non possit esse certi condictio, sed sit incerti ex stipulatu. *d. tit. de verb. obl.;* id autem huic edicto non convenit. Atque id edictum accipi vulo, cum sripsi ad *L. stipulationum, 74. num. 2.* edicto comprehensom nominatim de mutuo et stipulatione: delendum enim verbum *illo*, quod illic additum nolim; et hoc sentio, comprehensum de utraque caussa nominatim edicto; sed de mutuo, edicto hoc quod est de certi condictione; de stipulatione autem, proprio edicto. Hoc cognito de conceptione hujus edicti, qualem eam fuisse ex his quæ diximus, omnino consentaneum est existimari; hinc jam statim intelligimus, eum qui edictum de certi condictione nominet, re ipsa et condictionem certi complecti, et mutuum, quia edictum et illam polliceatur, et de hoc nominatim exprimat. Quod si hoc accedet, ut his verbis *si certum petetur* significetur aliquando edictum ipsum; habebimus de significatione tituli quod volumus; sumemus enim quod rei conveniat, ut fit in ambiguis, *L. quoties idem, infr. de ver. sig.* Sie deinde efficietur is titulus qui de condictione certi et mutuo pariter polliceatur quod quærimus. Atqui eidem ista conceptio edicti nos admonet, sic hæc verba accipi posse et, cum res postulat, accipi debere ut edictum significetur; non enim tantum conditionem habent, quam exprimunt de sententia prætoris; sed, quod præterea in superiore edicto observandum est, ab his ipsis edictum incipit.

Sic est usus † juris: prima verba edicti 8
cum per se ponuntur concisa, ita ut proprie accepta, nullam per se sententiam absolvant, neque cum præcedentibus aut sequentibus cohæreant, sic usurpari solent, ut notent aut edictum ipsum cujus prima verba sunt, aut actionem eo edicto comprehensam. Quorum in priore inest synecdoche auctoribus familiaris, ut ex initio edicti, idest ex parte prima et maxime conspicua, quæque sequentia velut digito indicat, intelligatur totum, nempe edictum; in posteriore inest metonymia, ut ex edicto cujus significatio his verbis ante præsumpta est, intelligamus actionem quæ continentur, idest actionem edicto propositam. Primis verbis edicti, ubi aperte et nominatim appelletur edictum ipsum, non ita fortasse statim et facile reperias; sed in interdictis prætorum ex horum primis verbis notari interdicta ita est ut ita tum, ut nihil sit usitatius aut frequentius. Est interdictum, quod dicitur Quorum bonorum, *L. 1. in fin. infr. quo. bon.* nempe ex eo, quia initium ita est: Quorum bonorum possessio ex edicto meo illi data est, *d. L. 1. eod.* Est quod dicitur Quod legatorum, similiter et ex eo quod hujus initium est: Quod legatorum nomine tenes pos-

sides, *L. 1. infr. quod leg.* Sic dicitur interdictum Unde vi, cujus initium est : Unde vi tu illum dejecisti, *L. 1. §. ex interdicto, et prin. infr. Unde vi.* Sic Uti possidetis, cujus initium est: Uti possidetis eas ædes. *L. 1. §. est igitur, et in pr. infr. uti poss.* Sunt et alia complura ejusmodi. Quæ ratio est interdicti, eadem et edicti; ut, quemadmodum ex primis verbis interdicti ipsum interdictum, sic ex primis edicti eodem modo edictum intelligatur, dicamusque recte edictum Quod metus caussa, id cujus initium est : Quod metus caussa factum est, *L. 1. supr. quod met. cau.*; edictum Si quis jus dicenti non obtemperaverit, dum id intelligimos, cujus initium fuit his ipsis verbis. Non exprimitur id quidem fortasse sub his titulis, qui sunt de his caussis compositi in Pandectis, sed non obscure significatur; nam in titulo Si quis jus dicenti non obtemperaverit, nulla alia verba sunt, quam hæc ipsa; tamen in *L. unica* quæ ei titulo subjecta est, §. *pen.* nominatur hoc edictum, cum prius nullum sit præmissum edictum, præter id quod titulus indicavit; ut appareat hanc appellationem ad id quod in titulo erat, referri, et dici edictum, Si quis jus diceoti noo ubtemperaverit, cum intelligeretur totum edictum cujus prima verba hæc fuerunt. Sic et titulus Quod metus caussa gestum erit *supr.* præter hæc ipsa verba, nihil habet; et tamen statim in *L. 1.* edictum ipsum totum proponitur, cujus superiora verba tantum pars et initium sunt; ut noo sit obscurum verbis illis tituli, quæ sunt edicti prima, hoc ipsum edictum quod subjicitur, significari. Neque hoc nostrorum est tantum, juris auctores dico, ut ex primis verbis alicujus scripti totum scriptum designent; sed habent hoc et cum aliis bonis auctoribus, commune. Sic enim et Virgilius in Daphnide, in extremo, Æglogam quamdam suam appellavit

. . . *Formosum Corydon ardebat Alexin*

et item alteram

. . . . *Cujum pecus, an Melibœi?*

eum intelligeret eas quarum initia hæc erant, idest secundam, et tertiam. Significatione hac posita, inde et alia nata est, ut iisdem verbis primis edicti interdum actio, edicti significaretur. Nutabant enim prius verba hæc edictum ; ex edicto quod continet, id quod continetur deinde acceptum est. Hac ratione dicta est actio Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, *L. 1. supr. Si quad. paup.*, ut sit actio ex edicto cujus initium est: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur ; nam hæc actio primum quidem orta est ex lege XII. tabularum; sed hinc sumpta, proposita est diligentius edicto prætoris, cujus id initium fuit quod diximus, unde et oomen accepit, *d. L. 1. §. 1. si quad.*

Eodem modo † dicta actio Si certum pe- 9
tetur : sic enim quædam nominaotur in *L. infr. de cond trit.* Quam quidam putant, porpriam quamdam actionem esse de pecunia ecrta numerata, diversam a certi condictione, sed nullo ne probabili quidem argumento. Ergo camdem esse eum coodictione certi , vel potius his verbis notari condictionem certi non dubito. Neque enim hæc verba *actio si certum petetur*, ex usu perpetuo juris et omnium probatorum auctorum, aliter resolvi aut exaudiri possunt, quam ut intelligatur actio ex eo edicto, sive ea parte juris cojus initium sit *si certum petetur.* Nullius porro edicti prima verba sunt *si certum petetur*, nisi ejus quo promittitur actio sub hac ipsa conditione ; neque hac cooditione alia competit, quam certi condictio *L. certi, infra*, idque ipsum edictum est de quo hic agimus; quapropter actionem *si certum petetur*, ut actionem hujus edicti, sic eamdem et condictionem certi accipere debemus. Et quæ posset tandem competere sub hac conditione *si certum petetur*, nisi ea qua oertum petitur? hæc vero non alia est quam certi condictio, *d. L. certi*, oisi qois certum in ea actione putet non rem certam umnem dici, sed proprie pecuniam certam numeratam. Quod quam dici non conveniat, ex his quæ de significatione certi supra disserui, intelligi potest ; nam qood scribit Ulpianus in *L. 2. infr. de cond. trit.*, eum qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione uti Si certum petetur, ita quidem scriptum est, ut appareat illum voluisse his verbis excludere aliquid; sed verbo actionis excludere voluit alias actiones, non verbo pecuniæ numeratæ res alias; de quo commodius ad *L. 1. infr. de condict. trit.* Illud tenebimus, actionem quoque *si certum petetur*, eadem analogia ex initio edicti dictam esse , ut sit actio ex edicto cujus initium est *si certum petetur* , eadem quæ certi condictio, quæ sola hoc edicto proponitur hac conditione *si certum petetur.* Ex his apparet, in usu juris tribus modis accipi posse hæc verba *Si certum petetur.* Cum cohærent cum reliquis verbis

edicti, aut aliam orationem subjunctivam congruentem habent, condictionem exprimunt, ad quam significandam sunt inventa: ut sit sensus, promitti hic aut fieri aliquid, si res certa aliqua petetur. Cum concise per se ponuntur, non amplius eam conditionem exprimentia, alias edictum notant cujus sunt prima verba, alias actionem ejus edicti propriam. In hac ambiguitate, quid loco conveniat spectandum est, et quod convenit sumendum. Id jam non difficile est videre ex his quæ diximus.

Si conditionem in his verbis accipimus, quasi dicatur jus hic proponi ex hac caussa aique hac conditione *si certum petetur*, nihil facimus quidem abhorrens a verbis et usu loquendi veterum; sed mutuum omittimus, de quo maxime titulus polliceri debuit, cum de eo maxime sub hoc titulo agatur. Si intelligimus actionem *si certum petetur*, quasi his verbis ea actio promittatur, quæ non alia est quam certi condictio: bis vitiosum titulum inducimus, tum quod ex hac significatione posterius membrum redundat, tum quod neutro membro de mutuo exprimitur, ut palam sit neutram interpretationem tractationi subjectæ

10 convenire. Quod si his ÷ verbis edictum notari intelligimus, confecta res est; fit titulus et verbis et rei propositæ convenientissimus, ut sit sententia: Sequitur edictum *Si certum petetur*, idest id cujus est hoc initium; quo edicto nominatim de mutuo cavetur, de cæteris caussis certis, non nisi per occasionem et tantum generaliter; in universum autem, de omnibus pariter datur certi condictio. Habes his verbis summam hujus tituli breviter et commode comprehensam; sic enim vi ipsa pollicetur titulus de mutuo et de certi condictione, quæ duo sunt capita summa hoc titulo exposita, neque plura ex professo. Quæ cum interpretatio, ut verbis congruit, ita et rem totam significantar complectatur; duæ res eam a nobis flagitant; primum, lex interpretandi, quæ dictat in ambiguo sermone eam sententiam sumendam quæ rei est aptior, *L. quoties idem, infra, de reg. jur.*; deinde, ipse usus veterum in primis verbis edicti pro edicto aut actione edicti usurpandis, qui ejusmodi est, ut non soleant his verbis exprimere actionem, nisi cum hoc ipsum verbum actionis adjiciunt, ut dicant actionem *si certum petetur*, actionem *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*. Unde intelligimus, cum hoc verbum non additur, ut in hoc titulo accidit, potius his verbis significari id totum cujus prima pars sunt illa verba, idest ipsum edictum.

Sed additur in hoc titulo *et de condictione*; quod etiam ex superiore interpretatione videri potest otiosum, cum edictum, et de hac complectatur. Verum hoc ita ÷ interpretandum est, quasi dictum esset *et maxime de condictione*, intellige de condictione hujus sive certi, quod appellatum est, sive edicti propria, idest de conditione certi. Quod ideo additum est, quia hujus tractatio quodammodo per omnes partes tituli fusa est; nam et tunc cum agitur de mutuo, simul et de hac agitur, ut quæ pariter et ex mutuo competat. Sic et titulus Codicis accipiendus est, *De servitutibus et aqua;* valet enim de servitutibus, et maxime de æqua, seu aquæductu: nam alioqui et aquæductus servitus est, ut, nisi illud *maxime* intelligimus, satis contineatur verbo servitutum. Sic et titulus De injuriis, ut sit de injuriis, et maxime de famosis libellis, nam et libelli famosi species sunt injuriæ. 11

Ex hoc sensu habemus quod de titulo secundo libri quarti Codicis jam certo respondeamus. Sola illic hæc inscriptio est *Si certum petatur*. Certum non significare mutuum ante docuimus, et pro certo haberi debet; solum tamen agitur de mutuo sub eo titulo. Quomodo igitur titulum rei subjectæ convenire dicemus? Hoc modo: si titulus ita exaudiatur, ut hic ex usu veterum accipi debere diximus, edictum seu pars edicti, vel tractatio pertinens ad edictum *Si certum petetur*, quod et verum est: tractatur enim illic, ut dixi, de mutuo. Edicti *Si certum petetur* pars est mutuum; quamquam et per mutuum agitur etiam sub eo titulo de certi condictione altero capite edicti, quando et hæc ex mutuo competit; sed ideo non est additum *et de condictione*, quia ibi de ea non tractatur ex professu et quatenus ex aliis quoque caussis datur, ex quibus certum petitur, ut hoc loco. Sic titulus usum et significationem verborum retinens, etiam re præstat quod pollicetur, dum ea exhibet quæ sunt hujus edicti, atque hoc modo reprehensionem omnem effugit. 12

Ad L. *E re est.* I.

Ulpianus libro 26. *ad Edictum.*

E re est, priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia jura sub hoc titulo. prætor inseruit, ideo rerum creditarum titulum præmisit. Omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur. Nam (ut lib. 1. Quæstionum Celsus ait) credendi generalis appellatio est, ideo sub hoc titulo prætor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei assentimur alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu credere dicimus. Rei quoque verbum ut generale prætor elegit.

SUMMARIA.

1. *Tituli* De rebus creditis *significatio explicatur in L.* 1; *et cur hujus potius quam illius* Si certum petetur.
2. *Significationem tituli hujus initio explicare, cur e re esse dicat Ulpianus.*
3. *Tituli* De rebus creditis *a prætore variis contractibus præmittendi ratio.*
4. *Edicta uti publice proposita olim.*
5. *Edicti compositor cur dicatur Julianus, et quid sit.*
6. *Contractus quid? Contractus nullus sine obligatione, et* num. 9.
7. *Contractus ut recte dicatur conventio.*
8. L. Labeo, libro de ver. sign. *explicata; et quo sensu dicatur contractus esse obligatio.*
9. *Verbalia in io quid significent in usu juris.*
10. *Contractus mutuam obligationem non desiderat.*
11. *Contrahere quid sit proprie; et cur hinc contractus appellatus.*
12. *Contractus mutuæ obligationis conventionem significat, ex loco subjecto in* L. Labeo. de verb. sig.; *et unde id colligatur.*
13. *Quasi contractus dicitur contractus abusive.*
14. *Hæc verba* Quos alienam fidem secuti instituimus *cur addita, cum videretur sufficere contractus nominasse.*
15. Credere *quid?*
16. Mori *quid?*
17. *Nec credere, nec creditores esse, qui alienam fidem non sequuntur.*
18. *Creditum non est contractus. sed pars contractus; sic tamen ut ex parte præcipua totum intelligatur.*
19. *Cur* De rebus creditis, *non* De rebus debitis.
20. *Cur non potius De rebus contractis.*

E RE EST) Præfatur Ulpianus se de significatione tituli pauca referre velle, idque prius quam ad verborum interpretationem perveniat; ac cur velit, rationem hanc reddit, quia e re sit id facere. AIT, DE SIGNIFICATIONE TITULI.

Cujus tituli? nam duos in inscriptione præcedente esse diximus, unum *De rebus creditis*, alterum *Si certum petetur, et de condictione.* Et ex sequentibus apparet cum †
1 dicere titulum *De rebus creditis*. et solum: nam et hunc paulo post nominat, et hujus solum significationem attingit. Sed cur hunc interpretatur, potius quam alterum *Si certum petetur*, cum hi duo sint, et uterque huic parti præfixus? Observandum est Ulpiani hæc esse, sumpta ex ejus libris ad edictum. ut inscriptio capitis ostendit. Ex hujus instituto et mente, quod scribit accipiendum est, et videndum quid fuerit in eo quod interpretabatur; interpretatio enim ad id accomodata, non potuit aliud referre quam id ad quod referebatur. Scribebat autem ille, non ad inscriptionem istam superiorem quæ

a compositoribus Pandectarum nota est, sed ad edictum prætoris, idque unum habuit sibi propositum. Jam vero in edicto perpetuo, in ea parte juris quæ est de contractibus de qua hic agitur, unus fuit hic titulus communis *De rebus creditis*. Quæ specialia huic titulo subjecta sunt, edicta tantum fuerunt de singulis contractibus; sic enim postea scribit: ***multa ad contractus varios pertinentia jura sub hoc titulo prætor inseruit***, et hæc jura intelligit edicta; subjicit enim: ideo sub hoc titulo prætor et de commodato et de pignore edixit. Recte ergo et ex instituto Ulpianus, unum tantum titulum dixit *De rebus creditis*, et hunc unum est interpretatus, cum in edicto quod interpretabatur, unus tantum hic esset titulus. Atque hinc, jam statim ab initio, plus quam liquido apparet, titulum ***De rebus creditis*** separatum fuisse a titulo ***Si certum petetur***, sed et illum generalem esse, et totius tractatus qui de contractibus paulo post subjicitur. Quod ait ***prius quam ad verborum interpretationem perveniamus***, verba intelligit, non tituli, quorum interpretationem statim aggreditur, sed verba quorum explicationem ex professo instituit, idest verba edicti quod primum occurrit sub hoc titulo, nempe de mutuo et certi condictione, ad cujus edicti interpretationem sese parat: ait autem e re esse id facere. Sic enim Pandectæ Florentinæ E RE EST, et recte.

2 Significat enim † esse usu utile esse, rem postulare, ut ita faciat. Et est quidem utilitas ea communis ex cognitione omnium titulorum, ut, significatione eorum cognita, sciamus, qua de re agatur sub unoquoque, ut, si quando ea sit opus, habeamus unde id petere liceat. Sed alia de caussa utile esse de significatione hujus tituli dici sentit Ulpianus. Sequentia enim declarant propositum esse ei docere, recte prætorem hunc titulum hoc loco præmisisse, cum totus in eo sit ut id factum ratione confirmet. Id, quoniam nisi ex significatione verborum intelligi non poterat, et tamen conveniebat intelligi, ideo e re esse dicit ut de ea significatione pauca referat: *referat* dicit, quia quod de hac re scribit, potissimum ex Celso refert: per occasionem ergo de significatione tituli dicit; summa autem huc spectat, ut ex ea factum prætoris defendat.

3 Sed quid opus † fuit in eo facto probando laborare, si nulla dubitatio est quin prætor hunc titulum recte hoc loco præposuerit? Hanc vero dubitationem nullam esse dixeris; constabat enim prætorem præposuisse hunc titulum iis edictis in quibus de contractibus variis agebatur. Congruit titulus, si omnes contractus continet. Quid est autem caussæ, cur negemus hunc esse talem? Quod si hic nulla dubitatio est, ne e re quidem est, sed otiosum de significatione tituli dicere, ut quod non eget probatione, recte factum probetur. Et certum est, nisi quæ dubitatio huic titulo obstaret, non fuisse laboraturum Ulpianum in eo ut facti prætoris rationem redderet: sed non caruit factum dubitatione. Credibile est autem usum verbi ancipitem, huic dubitationi caussam dedisse. *Creditum* enim in usu juris, ut plurimum pro mutuo usurpatur; et credere est mutuum dare in Senatusconsulto Macedoniano, ***L. 1. et L. 4. infr. de Senatuscons. Mac.***, de quo mox plura ad ***L. 2. in extremo, infr.*** Id si credendi verbum tantum significat, aut etiam si proprie significat, non dubium quin non recte præmittatur hic titulus omnibus contractibus subjectis, quando verbum ad solum contractum mutui pertinet. Huic ergo dubitationi occurrit Ulpianus, significatione verborum exposita.

QUONIAM IGITUR MULTA) Ex significatione verborum, ut dixi, instituit docere recte hunc titulum præmissum hoc loco a prætore. Ideo prius factum prætoris ponit ejusque facti rationem, cujus deinde probationem ducit ex hac significatione. Est autem hæc sententia: præmisit hoc loco prætor titulum rerum creditarum, idest de rebus creditis; idque de hac de caussa, ***quoniam multa ad contractus varios pertinentia sub hoc titulo inseruit.*** Recte prætor, qui ideo huic argumento hunc titulum præmiserit; ***omnes enim contractus***, inquit Ulpianus, ***hic titulus complectitur.*** Optima ratio: is enim demum rectus est titulus qui, multas species sibi subjectas habens, ejusmodi est ut generalis sit et omnes vi sua complectatur. Talis est autem hic titulus qui variis contractibus præpositus est, si contractus non paucos quosdam, aut etiam plures, sed omnes complectitur, qualem esse eum hæc ratio ostendit. Solum hoc habuit dubitationem, an esset talis; quod probat deinceps, subjecta verborum tituli significatione. In verbis hæc expendenda sunt. Titulum rerum creditarum vocat, qui in edicto inscriptus fuit ***De rebus creditis***, eodem modo ut in inscriptione hujus partis legitur. Non enim dubium est quin compositores, rem tituli ex edicto perpetuo sumentes, verbis quoque iisdem quæ in edicto fuerant uti voluerint, ut ex verbis superioris inscriptionis verba quoque tituli pretorii liceat agnoscere. Dixit autem titulum rerum creditarum, qui est de rebus creditis, ut si

quis titulum de damno infecto appellet titulum damni infecti; titulum injuriarum, qui est de injuriis: nam et stipulationem damni infecti et stipulationem de damno infecto pro eodem passim legimus sub tit. de damno infecto. Ait eum præmisisse hunc titulum; non ergo prætor tantum proposuit edicta, sed etiam edictis titulos. Ait item, eum sub hoc titulo varia edicta de contractibus inseruisse: ergo etiam digessit prætor edicta in ordinem, et generibus distincta, sub certis titulis collocavit. At quomodo prætori hoc tribuitur, cum prætor non sit scriptor qui composuerit de edictis libros, sed populi Romani magistratus, qui edicta, idest prætorias leges publice proposuerit, ut pro jure observarentur; cum præterea, edicti prætorii conditor et ordinator dicatur, non prætor, sed Julianus? *L.* 2. *§. sed quia divinæ, D. de vet jur. enu. L. pen. C. de cond. jud.*

4 Et sciendum † est ita, prætorem fuisse magistratum populi Romani, non aliquem scriptorem; ita, edicta fuisse prætorum leges, non libros, ut tamen prætor edicta publice proposita haberet in albo, ita ut inde esset omnibus legendi et cognoscendi copia, *L.* 2. *§. eodem tempore, supr. de orig. jur. L.* 1, *D. de int.* Et quoniam fiebat id eo consilio, ut Pomponius scribit in *d. L.* 2. *§. eodem*, ut scirent cives quod jus de re quaque quisque dicturus esset, seque præmunirent; consentaneum est hæc, non confuse et tumultuarie, sed certis generibus utcumque notata et distincta, proposita fuisse, ut quæsita ad quamvis occasionem de unaquaque specie, facilius reperirentur. Certe ita fieri debere eo consilio quod dixi, consequens fuit. Et vere ita factum esse usus veterum declarat: hinc enim mos producendi adversarium suum ad album, cujus mentio est in *L.* 1. *supr. de ed.* Hæc productio eo spectabat ut, notata parte edicti ex qua quis agere vellet, intelligeret reus qua actione secum ageretur; quod fieri commode non poterat, nisi essent summa saltem genera rerum titulis convenientibus notata, ex quibus peterentur singularum rerum ad ea genera pertinentium actiones. Atque hinc est etiam quod de edictis ad contractus varios pertinentibus a prætore factum, hic scribit Ulpianus: nempe hæc unum in locum conducta erant; et ut argumenti genus posset notari, his omnibus prætor titulum præmiserat *De rebus creditis*.

5 Composuit deinde, idest in ordinem redegit Julianus edicta omnia diligentius et exactius; cui operi auctoritas Senatusconsulto tributa est Hadriani temporibus, ut deinceps quæ illic edicta erant, pro jure perpetuo servarentur. Ex quo primum id totum opus edictum perpetuum cœpit appellari, et Julianus dici edicti perpetui conditor et ordinator; de quo scripsi ad *L. interpositas. C. de trans.* Et ad hoc edictum, idest ad hoc opus scripsisse juris interpretes qui postea secuti sunt, liquet ex *L.* 2. *supr. de stat. hom.* Sed qui titulus primum a prætore in his edictis publice proponendis præpositus erat, idem in compositione edictorum a Juliano retentus est: quo factum est ut is prætori, ut auctori, semper merito tribuatur.

Ait hunc titulum *complecti contractus omnes.* Quod solum si dixisset, recte et sine exceptione vere dictum esse constaret, si modo quid sit contractus, et quid credere intelligeremus. Sed addidit, *quos alienam fidem secuti instituimus*, quasi aliqui contractus sint, quos alienam fidem non secuti instituamus; quod secus est. Nullus est enim contractus, qui non habeat in se conventionem, *L.* 1. *§. supr. de pact.*; proinde nullus, qui non habeat fidem alterius nobis datam, quam sequamur: id enim continet conventio. Unde, quod edictum est de pactis, idem de fide servanda esse dicitur *d. L.* 1. *in pr. de pact.* Cur ergo hæc verba adjecerit Ulpianus? Non utique discretionis caussa, quasi quidam sint contractus bujusmodi, quidam non sint; sed ambiguitatis quæ in verbo contractus inerat, tollendæ gratia. Quod cum recte intelligi non possit, nisi definitione et significatione verbi contractus cognita; tribus de caussis faciendum est, ut quid sit contractus et quam varie hoc verbum accipiatur, hoc loco expouamus; primum ut, quoniam hac parte tractatio instituitur de contractibus, jam statim a principio intelligatur quid sit id de quo agitur, tum ut hoc loco certius statuatur quid valeat illud *omnes*; quo verbo species generi subjectæ omnes comprehenduntur, sed ita ut hæc tales futuræ sint, quale est genus cui subjiciuntur; postremo, ut eodem hoc loco sciatur id quod quærimus, quam recte addiderit demonstrationem istam Ulpianus, et an sint aliqui contractus in quibus alienam fidem non sequamur.

Contractum definit Theophilus in *§. ult. Inst. de obl.* ut sit † duorum pluriumve in idem conventio et consensus ad constituendam obligationem, et ut alter alteri fiat obnoxius. 6 Dicere debuit contractum esse conventionem, aut si explicatius malumus, duorum pluriumve placitum et consensum, ut quid detur aut fiat uni ab altero: quo et ipso alter alteri obligatur. Nam in illa prio-

re definitione pleraque sunt supervacanea, quædam omissa necessaria ad definitionem. Quod conventionem nominat, cum dicat esse duorum consensum in idem, superfluum est, quoniam hic ipse duorum consensus uno verbo dicitur conventio. *L. 1. §. 1. D. de pact.*: aut, si contractum conventionem dici placet, superfluum est addere duorum in idem consensum, cum conventio nihil aliud sit quam hic ipse consensus. Quamquam, nec recte dicitur duorum pluriumve in idem conventio, cum solo verbo conventionis vi ipsa cætera contineantur. Superfluum et illud, ad constituendam obligationem; hoc enim satis exprimit, qui dicit posterius ut alter alteri fiat obnoxius, sive ut alter alteri obligetur; cum, si conventione id agatur ut obligetur alter alteri, necesse sit id agi ut obligatio constituatur; neque enim obligatur quisquam, nisi constituta obliga-
* tione qua teneatur. Illud plane vitiosum est, quod dicit contractum esse conventionem, in hoc ut alter alteri obligetur, nec quidquam adjicit. Neque enim ad contractum satis est convenisse ut quis obligetur, nisi cum convenit ita, et is obligetur; alioqui, cum convenit inter nos ut mihi Stichum dares, ego tibi Pamphilum permutationis caussa; ubi id agitur ut tu mihi dare debeas, id est mihi obligeris, ego tibi; nuda hæc pactio contractus erit; quod non ita est. Contractus omnis obligationem et actionem parit, *L. juris, in pr. supr. de pact. L. 3. infr. de præs. ver.*; unde, inter caussas obligationis una ex præcipuis contractus ponitur in divisione obligationum. *§. 1. Inst. de obl.* Nuda autem pactio, qualis est superior, obligationem non parit, *L. ex placito, C. de rer. per. L. juris, §. sed cum nulla. L. divisionis, supr. de pact.*, unaque hac nota maxime nuda pactio dandi faciendive a contractu distinguitur in *d. L. juris. §. sed cum nulla.* Non est igitur nuda pactio contractus, quantumvis ea id agatur ut qui promittit, ei cui promittit debeat, idest obligetur. Sunt quidem contractus qui solo consensu solaque conventione dandi aut faciendi perficiantur, ut emptio, venditio, locatio, conductio et similes, *Inst. de obl. ex cons.*: sed minima pars est hujus generis; et qui sunt hujusmodi, non ideo sunt contractus, quia interpositi sunt tantum obligationis constituendæ caussa, sed quia re vera hanc ipsam constituunt. Vitiosa ergo definitio quæ et aliis convenit quam contractui, nec in illa speciè contractuum, quod contractus proprium est exprimit. Duo sunt omnino contractus propria, quæ conjuncta contractum statuunt; conventio dandi faciendi caussa interposita, et huic adjuncta obligatio. Quapropter recte definiamus potius eo modo quo supra diximus, ut contractus sit conventio, vel ut hoc ipsum dicatur plenius, duorum pluriumve placitum et consensus ut quid detur aut fiat, quo alter alteri obligatur. Conventionem, seu duorum consensum cum Theophilo dicimus: et est quidem ita, ut nullus sit contractus sine conventione, *L. 1. §. 1. supr. de pact.*, ac ne stipulatio quidem; tametsi hæc maxime verbis confici dicitur, *L. inter, §. 1. L. continuus. §. 1. infr. de verb. obl.*; eaque una res est quæ contractus a quasi contractibus, maleficiis, et quasi maleficiis in divisione obligationum distinguit. omnia enim pariter obligationem pariunt: in re et factis hoc interest, quod cætera sine consensu et conventione alium nobis obligant; contractus tunc est, cum volens volenti obligatur; hæc enim distinctionis nota inter contractus et quasi contractus statuitur toto tit. *Inst. de obl. quæ quasi ex con. nas.*, nam de maleficiis et quasi maleficiis non dubitatur.

Sed, ut nullus sit contractus sine conventione, dubites tamen non immerito utrum contractus † recte dicatur conventio. Non 7
laborarem in eo, nisi et Ulpianus eodem modo vocaret: is enim in dicta *L. juris, in pr.* commodatum, depositum (quos re, non sola conventione fieri constat) et cæteros similes contractus diserte dicit esse juris gentium conventiones, quæ actiones pariant; addit et transeant in aliud nomen, sic tamen ut, proprio nomine accepto, nihilominus nomen generis perpetuo retineant. Nec dubium est, quin et aliis juris auctoribus contractus eodem sensu dicantur pactiones et pacta. Cum enim dicitur usufructus constitui posse pactionibus, *L. 3. in pr. supr. de usuf.*, certum est pactionis verbo non intelligi pactionem eam ex qua actio non nascitur, sed eam ex qua nascitur: ex qua autem pactione actio est, is est contractus, *d. L. juris, in pr. de pact. L. 3. infr. de præs. ver.* Et cum dicitur, conditionibus non nudis pactis dominium transferri, *L. traditionibus C. de pact.* non hoc tantum dicitur, dominium non transferri ea pactione quæ vulgo dicitur nuda, idest quæ actionem non parit: sed nulla omnino pactione transferri, ac ne contractu quidem, nisi ex eo traditio secuta sit: hoc enim ita jus est, *L. quoties, C. de rei vind.* Sed tamen dubites an sic quoque recte vocentur contractus aut ab Ulpiano, aut ab aliis: non enim omnes contractus sola conventione perficiuntur, sed plerique, præter conventionem, etiam alias res ad obligatio-

nem desiderant; ex quibus alii conventione et rei interventu constant, ut mutuum, commodatum et cæteri qui re fieri dicuntur; alii conventione et verbis, ut stipulatio. Neque vero totum quod diversis partibus constet, recte unius partis nomine appellemus; exempli gratia, non recte videmur mutuum appellare posse conventionem, cum constet etiam rei traditione, quemadmodum nec recte id vocemus rei dationem, cum constet et conventione. Nam et homo constat duabus partibus, animo et corpore; non tamen recte dixeris hominem esse animum, aut hominem esse corpus, sed esse id quod tuti ex his duabus partibus composito conveniant. Constant ædes fundamento, parietibus, tecto; nemo tamen dixerit ædes esse fundamentum, aut parietes, aut tectum Quod et in contractibus servandum esse, ne his verbum conventionis attribuamus, suadere videtur definitio Pedii relata in *L. 1. §. 1. supr. de pact.* Sic enim concepta est, nullum esse contractum, qui non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. Non potest quod continet, id esse quod continetur. Contractus Pedio habet in se, idest continet conventionem; non est igitur contractus ea conventio quæ continetur. Sed, ut hoc posterius Pedii recte dicitur, sic recte et prius; contractum nimirum esse conventionem, prout est conventionis significatio, ne forte aut priorem appellationem propter hæc posteriora, aut hæc ipsa propter priorum auctoritatem repudiemus. Ambiguum verbum est conventio in usu juris. Interdum pro parte contractus accipitur in his qui re aut verbis fiunt; interdum pro genere quod totum contractum, qualiscumque is sit, ut speciem sibi subjectam continet. Pro parte contractus tunc, eum distinguitur conventio ab his rebus quæ, præter consensum, ad obligationem contrahendam in contractu accedunt: id quod fit docendi caussa, quo, partibus distinctis, magis intelligatur quid ad contractum desideretur; veluti, cum mutuum constare dicimus conventione et rei mutuæ datione; stipulationem conventione et verbis. Hoc modo contractus totum est, et ut totum dicitur habere ac continere in se conventionem, ut partem ex qua constat. Pro genere contractus usurpatur conventio, cum conventioni tribuuntur etiam eæ res quæ ad conventionem adhibentur, ut in mutuo rei mutuæ datio, in stipulatione verba: quod et ipsum recte fit, si quidem conventionis est hoc totum, quod ista accedunt: ut puta, quod placet in mutuo ut res data reddatur, conventionis est sine controversia; sed nihilominus et hoc est conventionis, quod res datur mutuo; quia consensus facit ut detur, ac sine consensu dantis et accipientis data non esset. Idem et in stipulatione licet dicere de interrogatione et responsione, quæ, nisi ex consensu proficiscantur nullam obligationem pariunt. Ita in summa totum est conventionis; qua ratione pertinet conventio ad totum contractum, cumque ut genus speciem continet. Sit ergo contractus conventio, aut quod idem valet, duorum pluriumve placitum et consensus; aut si in quibusdam contractibus conventionem placet esse partem, saltem hoc ratum sit, nullum esse contractum sine conventione. Adjecimus, *ut quid detur aut fiat*, potius quam *in idem*; quia hoc *in idem* est generalius, pertinetque etiam ad pactum liberandi caussa interpositum. Ut autem quid detur aut fiat, proprium est contractus, quo solo obligatio istarum rerum constituitur. Idem valet, si dixerimus cum Theophilo, contractum esse conventionem obligationis constituendæ caussa interpositam, propterea quod non est obligatio nisi in dando aut faciendo, *L. 2. in pr. infr. de ver. ob.* Sed illud prius magis placet, quia est planius, eoque aptius ad definitionem; sciunt enim omnes quid sit dare aut facere eoque quid agatur, cum id agitur ut quid alteri detur aut fiat; quid sit autem obligatio, quod verbum juris est, non statim omnes intelligunt; et, ut intelligant, tamen hoc amplius quærendum est, in quo obligatio hæc versetur. Ut detur fiatve uni ab altero, commune est omnium conventionum; nam neque pacisci aut contrahere possumus ut quæratur alteri, *L. quæcunque gerimus, infr. de obl. et act. L. stipulatio ista, §. alteri, infr. de ver. obl.*, neque ita, ut promittamus alterum daturum, facturumve, *L. inter. infr. de ver. obl.* §. *si quis alium, Inst. de inut. stip.*

Quod dixi *quo* ┼ *quis obligatur*, etsi satis supra ostendi proprium esse contractus: si quis tamen in eo amplius aliquid et certius desiderat, expressum est illa definitione Labeonis quæ refertur in *L. Labeo libro, infr. de ver. sig.* Is contractum definit esse *ultro citroque obligationem*; addit quidem *ultro citroque*, sed tamen et simpliciter vocat obligationem. Intelligit hoc verbo non id quod usitate significat, vinculum juris: sed factum obligand, seu factum quo obligamur. Neque enim contractus est obligatio, idest vinculum juris quod definitur *Inst. de obl.*, sed ex contractu hæc obligatio nascitur, *§. ult. Instit. de oblig.* Contractus factum 8

est, quod, cum absolutum est, esse desinit; unde facti esse dicitur, non juris, *L. consilio, in fin. infr. de cur. fur.* Obligatio jus est, sive res in jure consistens, quæ etiam post contractum manet, et potestate juris subesse intelligitur, *Inst. de reb. cor. et inc.* Non ergo unquam Labeo hoc sensu contractum obligationem esse diceret; sed hoc sentit quod dixi, contractum esse factum obligatorium, seu obligationem inter aliquos constituens. Sic autem contractus dicitur vel per metonymiam, ut intelligatur caussa ex suo effectu, idest factum id ex quo obligatio oritur; vel quod est verius, proprie ea forma,

9 Qua verbalia ÷ in io non tantum jus significant, seu maxime, et prima origine, actum notant ejus verbi a quo derivantur, a quo actu ad jus transferuntur. Actio definitur jus agendi, persequendive; sed prima origine actum ipsum, seu id quod fit, significat. *Virtutis laus omnis*, inquit Cicero, *in actione consistit*, idest in agendo; atque hic actus, quia etiam tunc obtineri videtur, cum jure nobis licet quid agere; inde factum ut actio pro potestate agendi jure constituta accipiatur: eademque exceptionis, persecutionis, et similium ratio ac significatio est. Exceptionem alicui dari aut competere dicimus, idest jus exceptionis opponendæ; sed non minus recte dicimus, exceptionem actori oppositam, actorem exceptione exclusum; quo non jus excipiendi, sed ipsum excipiendi actum significari apparet. Sic est et verbum obligationis; id in usu juris sic fere usurpatur, ut declaret juris vinculum quo aliis tenemur; sed non minus recte factum obligandi actus obligatio vocetur. Nec vero aliter accipi potest in illis verbis Pedii, *nullum esse contractum, nullam obligationem quæ non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat, L. 1. §. 1. supr. de pact.* Hic non intelligit Pedius obligationem quæ juris vinculum est. Hæc enim cum non exsistat nisi conventione interposita, et ea conventione quæ, postquam interposita est, evanuerit; non potest dici in se habere eam conventionem quæ nulla est; non magis quam effectus in se habere suam caussam quæ præcessit, et esse desiit; sed hoc dicit, nullum esse contractum, nullum factum quo volens volenti obligatur (sive re, sive verbis fiat), quod non contineat in se eorum inter quos obligatio intercedit, consensum et conventionem. Ita factum ipsum quod fit re aut verbis ad obligationem interponendam, vocat obligationem. Est igitur contractus omnis ejusmodi factum quo quis alteri obligetur re vera, non quo id agatur tantum ut unus alteri obligetur.

Sed, ÷ ut obligationem intervenire oportet ut constituatur contractus; ita, dum hæc interveniat, non est necesse ut uterque obligetur alteri mutuo; satis est, quod cum Theophilo diximus, si vel unus alteri, seu alter alteri obligetur. Et ita contractus verbum constanter apud juris auctores usurpatur, ut si ex consensu duorum quis obligetur, illic dicatur contracta obligatio; et negotium ipsum seu res gesta, contractus, sive contrahentes invicem inter se obligentur, sive unus tantum alteri: id quod satis declarat vetus illa et omnium consensu recepta contractuum divisio, qua alii re fieri dicuntur, alii verbis, alii consensu, id est consensu solo, *L. 1. §. 1. infr. de obl. et act. L. 1. §. 1. supr. de pact. §. ult. Inst. de obl. et act.* Primo generi deinde subjicitur in primis mutuum, *Inst. quib. mod. re con. oblig.* secundum autem totum positum est in stipulatione, *Inst. de ver. obl.*; quorum tamen in priore, solus qui mutuum accepit, in posteriore solus qui promittit, obligatur. Sed et tot locis stipulatio contractus dicitur. *L. 1. §. 1. supr. de pact. L. certi, §. quoniam, infr. eod. L. non solum, infr. de obl. et act.* Neque aliter Cicero rem contrahere, et res contractas intelligit, cum alibi, tum *Lib. 1. de offic*, cum justitiam dicit in hominum societate tuenda sitam esse, tribuendo suum cuique, et rerum contractarum fide; non enim eo minus fides est, etsi nos tantum cam alteri dedimus, nobis vicissim data non est. Sed hic dubitationem attulit superior definitio Labeonis, qui contractum definit id negotium ex quo mutuæ sunt ex consensu obligationes, ut emptionem, venditionem et similes contractus, *d. L. Labeo libro, de ver. sign.* Nec dubitari potest quin Labeo id sentiat. Primum, definit esse *ultro citroque*, id est *invicem* obligationem. Si obligatio hic factum obligandi, seu factum quo obligamur significat, non possunt hæc verba aliter accipi, quam ut significetur factum quo obligamur ultro citroque, ut adverbia ad actionem verbalis nominis explicandam referantur. Itaque non intelligemus contractum esse factum ultro citroque; quod solum si dixisset Labeo, nobiscum sentiret; sed esse factum quo obligamur ultro citroque. Sed, si hæc verba essent ambigua, sequentibus tamen omnem dubitationem sustulisset, cum addit, quem Græci *synallagma* vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem. *Synallagma*, ut verbi compositio indicat, id negotii genus est, quod commutationem rerum in se continet; quæ non fit, nisi ubi mutuæ obli- 10

gationes sunt et mutuæ præstationes, *L. juris gentium, in pr. supr. de pact.* Exempla vero quibus utitur, aperte eorum negotiorum exempla sunt. Quid pluribus opus est? Contractum Labeo eodem loco distinguit ab actu et gestu, et ab actu ita ut *actum* dicat generale verbum esse, continens non tantum si quid consensu agitur (nam et maxime consensu quid agitur. *L. 3. infr. eod.*) sed et si aut verbis, ut stipulatione, aut re, ut pecuniæ numeratione. Intelligit igitur *contractus* verbum esse speciale: nam si pariter et hoc generale est, res easdem continens, perperam ista separat in eo in quo sunt eadem. Hæc ergo, ut dixi, definitio dubitationem affert. recteue, et ex usu juris ac sententia veterum, dicamus contractum esse, ubi ex conventione duorum obligatio est, non tantum si uterque alteri invicem, sed etiam si unus tantum alteri obligetur. Sed de usu veterum et juris in hoc verbo, satis supra demonstratum est hunc esse nimirum eum quem diximus. Quin autem recte et ex proprietate verbi hoc modo contractum vocent veteres, ubi unus tantum obligetur alteri, ne huc quidem potest dubitari; quod origo et vis verbi cognita declarabit. Dicimus rem et negotium contrahere, et res contractas, eum intelligere volumus obligationem consensu inter aliquos constitutam. Verbi ratio ex eo est quod sequitur.

11 Contrahere proprie est † rem quæ disjecta ac dispersa erat, cogere et veluti in unum adducere; unde illa apud Ciceronem ad Atticum *lib. 8. epist. 1.* contrahere cohortes, contrahere aliquo omnes copias. Et *contractis copiis* pugnare, apud eumdem, *disjecta manu* pugnare opponitur, *eodem libro in epist. Gn. Pomp.* Hinc recte et significanter dicimus rem contrahere cum aliquo, ut sit efficere simul cum eo, ut rem cum illo constitutam habeamus, quæ antea nulla erat cum eo; rem, idest negotium cum eo constitutum, unde aliquid vel nos ab illo, vel ille a nobis, vel uterque ab altero debeat expectare: et rem habere cum aliquo est habere quod ab illo petamus, vel ille a nobis petat. Hoc sensu dicimus contrahere familiaritatem, contrahere amicitiam cum aliquo; quod nihil aliud est quam efficere ut una mihi amicitia sit cum illo, una conjunctio. Hanc in hoc genere significationem esse verbi *contrahere*, ex contrario possumus intelligere. Ut enim rem contrahere dicimus, sic dicimus rem distrahere, pro eo quod est dissolvere obligationem, *L. 4. §. is quoque, infr. de obl. et act. §. pen. Inst. de obl. quæ ex qua. con.* Quid est autem distrahere rem, nisi rem disjungere et separare, idest facere ne jam mihi simul res sit cum alio, quæ cum illo erat constituta? Quapropter, in *contrahendi* verbo contraria nominis ratio et significatio est. Quid ergo? non recte Labeo, qui contractum esse definivit, ubi esset obligatio ultro citroque? Non recte, si contractum per se definiret, aut id faceret ex usu juris auctorum aut proprietate verbi; in quo aperte aliorum auctorum testimonio et verbi origine refutaretur.

12 Sed recte ille in † loco quem interpretabatur, quoniam id fecit ex auctoris sententia. Observandum est enim illum sic, ut supra diximus, contractum definivisse in eo loco ubi tria hæc conjungebantur inter se, actum, contractum, gestum. Si conjunguntur hæc non otiose, aliud erit ex instituto loquentis *actum*, aliud *contractum*, aliud *gestum*. Et *actum* quidem est, quod inter aliquos quovis consensu agitur, sive verbis quid agatur, sive re. Ab hoc si separamus contractum, ut fit apud Labeonem in *d. L. Labeo, de ver. sig.*, nempe ab usitata et generali significatione hoc verbum ad speciem restringimus, rei magis exprimendæ caussa, ut hic intelligatur contractus ubi agitur quidem quid inter aliquos: sed ita, si utrinque simul alter ab altero obligationem trahat. Neque novum est, quod verbum vi sua generale est et ad omnes species pertinet, docendi caussa, ad speciem unam certam contrahi, quo magis species singulæ suis nominibus notatæ intelligantur, ut in appellationibus injusti, rupti, et irriti testamenti factum esse docet Justinianus in *§. alio, Inst. quib. mod. test. infir.* Nos, hoc loco, quid per se et generaliter significet verbum contractus, quærimus. Rata sit igitur hæc definitio, contractum esse quidquid fit consensu inter aliquos, eo quidem animo, ut constituatur obligatio, sic tamen, si et ea constituatur; dum autem constituetur, nihil interesse, uterque alteri obligetur eo facto, an unus dumtaxat.

13 Interdum tamen, quasi † contractum, ut tutelam et negotiorum administrationem quæ sine consensu dominorum geruntur, absolute contractum dici legimus, ut in *L. ex contractibus, infr. de obl. et act. L. sed cum, supr. de neg. gest.* Sed abusive ista dicuntur, dum scilicet nomen rei tribuimus et quod illius similitudinem gerit. Quo modo hypothecariam actionem quæ introducta est ad similitudinem Servianæ, vere quasi Servianam. *§. item Serviana, Inst. de act.* abusive ob hoc ipsum Servianam simpliciter nominamus, *L. si superatus, infr. de pig.* Cæterum,

tutelam et negotiorum alienorum spontaneam administrationem contractus non esse, quia duorum consensu non constent, aperte significatur in *L. si quis absentis. in pr. infr. de obl. et act. et Tit. Inst. de obl. quæ ex qua. con.* His significatione et usu verbi contractus cognitis, habemus quod de sententia hujus loci, deque his quæ supra proposita sunt quærimus. Ait Ulpianus, hunc titulum de rebus creditis complecti contractus. Superiore definitione quas res dicat et de quibus sub hoc titulo ac deinceps in hac parte tractetur, intelligimus. Ait hunc titulum complecti omnes contractus, ut intelligeremus potissimum contineri hoc titulo non tantum contractus eos ex quibus mutuæ obligationes sunt, ut aliquando hoc verbum Labeonem accepisse legimus in *d. L. Labeo libro, infr. de ver. sig.*, sed etiam eos ex quibus unus tantum alteri obligatur, quale est mutuum, indebitum solutum, pecuniæ constitutio; de quibus in hac parte sub hoc titulo agitur.

14 Addidit *quos † alienam fidem secuti instituimus.* Inepte, si hic contractus proprie accipimus. Neque enim in hac proprietate hæc adjectio aliter accipi potest, quam ut sit discretionis nota qua alii contractus ab aliis separentur; quam discretionem, contractus qui proprie ita dicuntur non admittunt. Ut enim docuimus, etsi cætera dubitarentur de contractus definitione, at certe illud non potest quin nullus sit qui non habeat in se conventionem, ut diserte scriptum est in *d. L. 1. §. 1. supr. de pact.*; proinde nullus, in quo fidem ab alio nobis datam non sequamur. Sed interdum aliter contractus verbum usurpatur, ut diximus; abusive id quidem, sed tamen interdum, ex quo ambiguitas in hoc verbo nasci potest. Ergo, hujus ambiguitatis vitandæ caussa, Ulpianus hanc demonstrationem addidit, *quos alienam fidem secuti instituimus*, ut intelligeremus, eum contractus illos dicere, qui vere sunt contractus et usitate ita appellantur, non eos qui abusive, ut quasi contractus; in quibus, ut alienam fidem non sequimur, sic nec credimus quidquam aliis, eoque nec isti ad hunc titulum pertinent. Atque hinc sciri potest quam recte, certe quam cum Ulpiano sentiant, qui scribunt hæc verba *de rebus creditis* non solum omnes contractus complecti, sed porrigi etiam ad quasi contractus et maleficia; quod ejusmodi est, ut si quis Ulpiano ex professo adversari vellet, non aliter potuerit scribere.

NAM UT LIBRO PRIMO QUÆSTIONUM) Necesse est titulum esse generalem, cujus singulæ partes, idest singula verba generalia sunt; talem autem esse hunc titulum ostendit Ulpianus: *credendi enim*, inquit, *generalis appellatio est, ut Celsus ait. Rei quoque verbum generale.* Recte ergo prætor hæc verba elegit, ut titulum generalem, et ad ea quæ subjecta sunt pertinentem statueret; *ideo*, inquit, *sub hoc titulo prætor et de commodato, et de pignore edixit*, idest edicta proposuit. Quibus exemplis augendi caussa usus est, potius quam cæterorum contractuum, quia hi re fiunt; in quibus ob eam caussam minus apparet conventio, cum in his negotium re data magis geratur, quam aperta conventione. Et tamen usque adeo *credendi* verbum putavit prætor *generale*, ut non dubitarit etiam de his sub crediti titulo edicere. *Rei* verbum *generale* esse tantum dicit, non probat, quia verbi hujus significatio in usu juris, atque adeo apud alios quoque auctores sit notissima. Vide *L. rei appellatio, L. pecuniæ appellatione, L. pecuniæ nomine, infr. de ver. sig.*

Credendi autem (quod verbum erat obscurius) appellationem † generalem esse, et 15
omnes contractus continere docet, in primis quidem Celsi auctoritate, quem hujus sententiæ auctorem laudat; sed præcipue etymologia et definitione verbi: *nam cuicumque rei*, inquit, *assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.* Recte, *cuicumque rei assentiamur*; nam prima origine verbi constat, credere nihil aliud esse quam alicui fidem habere: hoc autem est assentiri alteri fidem danti; id vero fit in omnibus contractibus.

Quod ait *mox recepturi quid ex hoc contractu*, non sic † accipi debet, quasi nul- 16
lus sit contractus, nisi ex quo statim quid recipiamus; nam et in diem et sub conditione contrahimus, ut longo post tempore interdum recipiamus id de quo convenit; sed aut mox hic positum est pro postea, ut et ab eodem Ulpiano in *L. 1. infr. de appel. rec.*, a Scævola in *L. Seja. §. 1. infr. ad Vell.*, aut significat quidem statim, ut est usitata verbi significatio; sed ita, ut ad mentem creditoris id referendum sit, qui semper fere hoc animo est ut statim recipiat quid ex contractu, etsi nonnunquam, ac sæpe contra eveniat. Ex his autem verbis duplex dubitatio nascitur; una de sententia ipsa; altera de argumento quod inde ducitur. In sententia, hoc primum animadvertendum est, non tradere Ulpianum hoc loco definitionem de iis qui alienam fidem secuti sunt, mox recepturi quid ex eo contractu, quasi his credendi verbum recte attribuatur, sed tradere hujus ipsius verbi

definitionem; eique locum esse accipiendum, quasi ita scriptum esset, credere esse, cum alieni rei assentimur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu. Prius si diceret Ulpianus, non haberet sententia dubitationem; nihil enim certius, quam omnem qui alienam fidem in contractu sequitur, unde aliquid postea recipiat, recte dici credere: sed sententia huic loco non convenit, ante enim dixerat Ulpianus credendi generalem appellationem esse. Ad hoc probandum, hanc ipsam appellationem subjicere oportuit et docere esse generalem, quod efficitur hujus verbi definitione, non autem ita si dicantur aliqui credere, cum possit adhuc quæri num appellatio ad alios quoque pertineat. Definitio ergo hic de verbo est, non autem de quibusdam personis quas constet recte dici credere; ex quo incidit res in difficultatem.

17 Definitio enim si recta est, hoc efficit, non tantum eos qui alienam fidem in contractu sequuntur, recte dici credere et creditores; ut quibus definitio superior convenit, iis recte tribuatur definitum: sed etiam e converso, omnem qui credit, eum esse qui alienam fidem sequatur, non alium; ne quid definitioni desit, neve latius pateat definitum, quam definitio, seu ne alicui definitum conveniat, cui non recte tribuatur definitio quæ sunt leges non vitiosæ definitionis. Idque ipsum sentire Ulpianum priora ostendunt: dixerat enim prius, titulum *De rebus creditis* continere non quidvis, sed contractus: et ne quid in verbo contractus esset ambigui, addidit *quos alienam fidem secuti instituimus*, ut intelligeremus hus solum, non alios quod ita verum est, si credendi verbum ad eos qui alienam fidem sequuntur, solum pertinet. Hoc vero posterius falsum esse probari videtur argumento creditorum; nam hoc verbo constanter traditur omnes accipiendos esse, quibus ex quacunque causa et actione, etiam ex maleficio debeatur, *L. creditores*, *L. creditorum*, *L. si cui*, alias, *ut si cui*, *infr. de ver. sig.* Ergo et hi continentur quibus debetur sine consensu, et qui minime alienam fidem sunt secuti, si hi creditores eum credere dicendi sunt, quibus ex hac caussa debetur. Conjugata enim sunt credere et creditores, ut non est emptor nisi qui emit, venditor nisi qui vendit, locator qui locat, conductor qui conducit, fidejussor qui fidejubet; ita non est creditor nisi qui credit, nec res credita nisi ea quam aliquis crediderit: ut in quo unum admiseris, in eo necesse sit et reliqua admittere. Nos vero sciamus, credere recte definiri hoc loco: verumque esse, ut omnis credere dicitur qui in contractu alieni rei assentitur alienam fidem secutus, mox recepturus quid ex eo contractu; sic qui hoc non faciat, hunc nec credere nec esse creditorem. Id ita esse certo statuemus, si meminerimus credere Latinis generaliter nihil aliud esse, quam fidem habere alicui; quod non fit in negotiis gerendis, nisi cum alius fidem dedit aliquid futurum, quam fidem deinde sequimur, eique assentimur. Non adversatur huic sententiæ quod de creditorum verbo traditur in *L. creditores*, et *L. creditorum*, *infr. de ver. sig.*, creditores accipiendos esse omnes quibus ex aliqua caussa debetur, etiam si debeatur ex maleficio. Hoc enim quomodo accipiendum sit, docet Ulpianus in *d. L. ut si cui*, alias, *si cui*, *seq. de ver. sign.*, qui definitione complectens idem quod prius ex eodem refertur in *d. L. creditores*, scribit, *si cui ex delicto debeatur, sibi videri posse eum creditoris loco accipi*; ergo qui sunt in hac caussa, creditores ideo accipiendi sunt, quia habentur creditorum loco. Qui sic loquitur, non alia re magis declarare potuit hos re vera, seu verbi significatione, non esse creditores; alioqui ita dicendum fuisset, hos creditores esse, non pro creditoribus haberi. Simile est, quod idem Ulpianus de deportatis alibi scribit, hos nimirum mortuorum loco habendos, *L. 1. §. pen. infr. de bon. pos. con. tab.*; quo maxime significare eum omnes intelligunt, deportatos quidem natura et vere mortuos non esse; sed jure ita haberi, quasi mortui essent. Ac deportatos vivere certum est; qui si mortui essent, ne deportati quidem dici possent. Quomodo igitur dicuntur, creditorum loco esse, qui creditores non sunt? Non significatione verbi de qua nunc agitur et quam tractat hoc loco Ulpianus; sed ejus legis quæ creditores nominat, sententia. Cavetur de creditoribus eo rescripto quod tractatur in *L. juris gentium*, *§. pen. et ult.* et *l.l. seqq. supr. de pact.* Generaliter et creditoribus ea parte edicti qua his postulantibus, constituit prætor, se bona ejus qui recte non defenditur, a creditoribus possideri, et si etiam fraudationis caussa latitabit, se ea distrahi, si res exigat, jussurum, *L. 2. L. Fulcinius*, *in pr. infr. quib. ex cau. in poss. eat.*, *L. item §. hoc autem*, *supr. ræ quib. caus. ma.* *L. si quis instituatur*, *§. 1. infr. de her. inst.* Etsi hic appellantur tantum creditores, et, si ad verbum res exigitur, creditorum appellatione soli exaudiuntur hi quibus ex contractu debetur, quia vere crediderunt; placet tamen in his omnibus et similibus, eo verbo accipi omnes quibus etiam ex alia quavis caussa debetur. Non quia, inquam

id verbum significet, sed quia ea mens sit legis et sententia, ut hi quoque intelligantur. Ut enim hi verbo creditores non sint quibus debetur ex maleficio; re tamen ipsa non minus his debetur, nec minus eorum ratio habenda est. Hæc mens est legis omnis, ut in quibus eadem legis ratio est, in his jus idem admittatur, *L. illud, infr. ad leg. Aq. L. non possunt. et L. seq. supr. de legib.* Atque hæc de definitione et significatione verbi *credere*. De argumento quod inde ducit Ulpianus, videamus. Nempe hoc argumentum est: Si credere dicimur, cum alicui rei assentimur alienam fidem secuti, et recepturi quid ex eo contractu; verum esse quod prius posuerat, titulum hunc *De rebus creditis* sub credendi verbo contractus omnes complecti, quia et *credendi* appellatio sit generalis. Verendum quis esse dixerit, ne hoc non recte colligatur.

Non enim efficitur superiore definitione,
18 † *creditum* esse contractum, sed solum contractus partem, quippe in omni contractu duo sunt qui interveniunt, unus qui promittit, alter cui promittitur: ille fidem dat aliquid futurum, hic danti fidem habet; hoc autem fidem habere, ut dixi, est credere. Ita contractus totum quiddam est; ejus totius duæ partes, promissum seu debitum ex consensu, et creditum. Jam vero, non si creditum contractus pars est, ideo efficitur creditum contractum continere, sed potius contra non continere; nunquam enim pars totum continet, sed e converso totum partem. Et sane jure putem reprehendi posse Ulpianum, si diceret *crediti* verbum contractus complecti, idque ex definitione superiore colligeret, quæ nihil amplius quam partem contractus ostendit. Nunc autem non crediti aut credendi verbum, sed titulum rerum creditarum dicit contractus omnes complecti. Hoc recte; complectitur enim titulus res sibi subjectas, vel ut genus suas species, vel ut suas partes totum. Sed enim complectitur hic titulus contractus omnes propter verbum *crediti*: alioqui male Ulpianus, ad eam complexum probandum, uteretur argumento et definitione hujus verbi; ex quo dicat aliquis, consequens esse multo magis ipsum *crediti* verbum contractus continere, juxta dictum vulgare et verum *propter quod unumquodque tale est, et illud magis tale est*, confirmatum *Auth. multo magis, C. de sac. eccl.* Recte colligeretur, si hic titulus complecteretur contractus propter solum *crediti* verbum; quod non ita est: complectitur enim ideo, et quia titulus est, et quia habet verbum generale quo contractus omnes, etsi non comprehenduntur, significantur tamen. Quia titulus complexus est rerum ei subjectarum, proprium tituli est eas continere, si modo et illæ verbis tituli demonstrentur. Crediti autem verbum, quod verbum partis est, etsi totum contractum non continet aut complectitur, significat tamen; quia ex una parte, etiam altera, ac per utramque partem simul totum ipsum intelligitur. Sunt enim hæc duo creditum et debitum ex consensu, inter se relata; quæ sunt ejusmodi, ut unum sine altero non modo non esse, sed ne intelligi quidem possit; et hoc amplius, ejusmodi, quorum uno posito, statim alterum ex adverso intelligatur. Non est creditum ab aliquo, nisi sit qui promittat quod promittenti et debituro credatur; imo creditum ideo, quia alius promisit et fidem dedit. Sic nec debitum ex consensu, nisi sit cui ex eodem consensu debeatur; nec potest ita deberi alteri, nisi assentienti et credenti; et ex illo statim hic animus concipitur. Ut ergo recte dicimus solum emptionem contractam, aut solum contractam venditionem, ubi intelligimus emptionem et venditionem contractam, quia non est emptor sine venditore, aut venditor sine emptore; idque est, quod traditur, in *L. veteres, infr. de act. empt.*, veteres verbis emptionis et venditionis promiscue pro toto contractu usos esse; sic et res creditas recte dicimus, ut intelligamus creditas et simul ex consensu debitas, idest uno verbo contractus, quia non est creditor sine debitore ex consensu, neque hic debitor sine creditore. Ita, ut redeam ad sententiam Ulpiani, ex definitione credendi hic tradita, colligitur verbo *crediti* significari contractus ipsos totos; eoque et verbo rerum creditarum, similiter ut ex rebus quæ continentur contractu, ipse contractus continens intelligatur. Ex eo autem quod significantur his verbis contractus, efficitur id quod Ulpianus prius dixerat et illi probare propositum est, nempe titulum rerum creditarum, ut verbis contractus significat, sic conditione tituli cujusque propria, eos ambitu suo complecti. Sed si in hoc titulo, verbo *crediti* solum ex parte totus contractus intelligitur, hic nobis de facto prætoris suboriuntur aliæ dubitationes.

Nam primum, si placebat ex parte contractus totum notare, cur potius † dixit prætor 19
De rebus creditis quam De rebus debitis, aut debitis ex consensu, cum ex his non minus ex adverso res creditæ intelligerentur? Non propter dignitatem aut præstantiam aliquam quæ major sit in credito quam in debito, ut in similibus appellationibus docui ad *L.*

5. §. *stipulatio, infr. de ver. obl.* sed quia polliceri *de rebus creditis* conveniens erat instituto prætoris, non item de rebus debitis, etsi adderetur, ex consensu vel contractu. Prætor enim cavebat edicto creditoribus, quibus pollicebatur se actionem daturum: consequens fuit, ut polliceretur se daturum de rebus quas ipsi credidissent, ut actio referretur ad eos de quibus agebatur. Illud constat, de rebus debitis inscribi non debuisse, quia res debitæ non significant res debitas ex consensu aut contractu, sed et ex quavis alia caussa debitas: hic autem agebatur tantum de contractibus. Deinde et illud quæritur, et quidem ut de eo dubitetur magis.

Esto enim, liceat ex alterutra parte totum contractum intelligere, ut utram dicamus nihil intersit; *tamen* cum potuisset prætor uno verbo dicere de contractibus, verbo, ut uno, ita pleniore et usitatiore, cur † maluit dicere *de rebus creditis*, non solum verbis pluribus, sed etiam iis in quibus necesse sit ex parte totum, et ex contento continens intelligere, quod est obscurius? Referri et hoc debet ad institutum prætoris: ut *de rebus creditis* diceret, instituto ejus conveniebat; ut diceret de contractibus, nequaquam. Prætoris enim edicta non erant proposita de contractibus, idest quomodo quæque res contraheretur, et quando ex conventione nasceretur obligatio; sed rebus jam ante contractis et contractibus suppositis. pollicebatur se daturum actionem de iis rebus quæ ex contractu debebantur, idest *de rebus creditis* ab iis quibus promittebat actionem. Nunc, cum post interpretationes Jurisconsultorum cœperit sub his titulis explicari forma et natura contractuum, nihil prohiberet inscriptionem concipi et de contractibus: sed, cum utraque inscriptione idem intelligatur, utra potius utamur, ad rem non multum pertinet.

Ad L. *Mutuum damus.* 2.

Paul. libro 28. *ad Edictum.*

Mutuum damus, recepturi non eamdem speciem quam dedimus (alioquin aut commodatum erit, aut depositum), sed idem genus. Nam si aliud genus, veluti si pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

S U M M A R I A.

1. *Mutuum quibus rebus perficiatur.*
2. *In mutuo rem tradi oportere; hinc re contrahi dictum.*
3. *Mutuum cur dicatur re contrahi, cum desideret et consensum.*
4. *In mutuo rem oportere fieri accipientis.*
5. *In mutuo id agi ut res reddatur, ut alia res reddatur, non eadem species; et cur.*
6. *Ut genus idem, non alia res quælibet.*
7. *Ut ejusdem generis et bonitatis.*
8. *Mutuum gratuitum.*

Quod in divisione contractuum factum est in Institutionibus, ut in generibus eorum proponendis et pertractandis Cajus et Justinianus ab iis qui *re* fiunt, ordirentur, et in iis ipsis primum a mutuo, *L.* 1. *infr. de obl. et act. Instit. de obl. in fin. et tit. seq.*, idem et Pandectarum compositores hoc loco secutos esse apparet. Ex iis enim titulis in quibus de contractibus et actionibus in personam agi incipit, hic est primus et idem ejusmodi, in quo potissimum de mutuo jus proponatur, ac per occasionem de certi condictione; ut sint quidem hæc duo capita rerum summa, quæ hoc titulo explicentur, sed ita ut de mutuo agatur præcipue. Id quomodo perficiatur, complexus est hoc capite Paulus; cujus sententia, et in ea vis ac natura mutui ut melius notari et explicari possit, observandum est hoc a Paulo dici, præter consensum qui omnium contractuum est communis, constare † proprie et perfici mutuum tribus his rebus; rei traditione, 1
velut forma; conventione hujus contractus propria, quæ finem continet; tum rebus

certis quæ mutuo dentur, tamquam materia in qua mutuum versetur. Rei traditionem indicat, cum dicit *mutuum damus*; conventionem et finem, illis verbis *damus, recepturi quid* et quæ sequuntur initio capitis; de rebus distincte et ex professo agit in §. 1. Licet eadem animadvertere breviter et dilucide comprehensa in Institutionibus in principio tituli *Quib. mod. re cont. obl.* Quæ singula qualia sint et quid valeant, breviter consideremus.

Rem quam mutuam esse volumus, ante
2 omnia † tradi oportet accipienti; sic enim fit ut de mea fiat tua, quod est proprium mutui, et unde mutuum est appellatum; ita, si convenerit ut tibi mutuum darem, nisi dederim, non erit mutuum. Hoc idem Paulus paulo post sic expressit: *non est*, inquit, *mutuum, nisi pecunia proficiscatur*, hac *L. §. ult. vers. mutuum*. Atque hinc est quod dicitur mutuum re contrahi, *tit. quib. mod. re cont. obl. in pr. L. 1. infr. de obl. et action.*; non enim dubium est quin ideo ita dicatur, quia res tradita initium obligationi præbet, ac, nisi re tradita, nulla est obligatio mutui. Sane interdum res quæ vere tradita non est, pro tradita habetur, ut sit mutuum; sed hoc tantumdem valet; de quo dicetur ad *L. singularia, infr. eod.* Rei ergo traditionem mutuum exigit, sed constat idem nihilominus conventione et consensu, sine quo nulla omnino obligatio contrahitur, *L. 1. §. 1. supr. de pact.*

Cur ergo dicitur, mutuum et similes con-
3 tractus † re contrahi potius quam consensu, cum pariter utroque constet et re et consensu? quia ex eo quod proprium et cujusque generis, unicuique nomen est inditum, non ex eo quod est omnium commune. Sine consensu non est mutuum, uti nec stipulatio, *L. continuus, §. 1. infr. de verb. obl.* sed consensus est, mutuo cum aliis contractibus communis: ex eo quod commune est, statuere aliquid quod sit ejus proprium non possumus. Illud mutui proprium, quod, præter conventionem, rem in eo intervenire oportet quæ tradatur; hinc ergo re fieri dicitur. Idem accidit et in stipulatione; in qua, cum præter conventionem, verba ad obligationem desiderentur, idcirco dicitur verbis contrahi obligatio in eo genere, non consensu. Sed conventio est hujus contractus propria, quæ fine ab aliis negotiis distinguitur. Finis hic est mutui: res quæ usu consumuntur, hic utendæ dantur gratis, ut reddantur sine dantis injuria. Hæc res facit ut hic res quæ traduntur mutui caussa, simul accipientis fieri oporteat; neque enim is jure suo eas consumeret, nisi prius ejus essent. Deinde et illud, ut reddantur non eædem quæ acceptæ sunt, quoniam his consumptis, non licet easdem reddere; sed ut reddantur saltem aliæ quod, quia sine incommodo dantis fieri volumus, proinde hoc etiam agitur ut aliæ ejusdem generis reddantur eademque bonitate, in summa tantundem non amplius, ut sit mutuum gratuitum. Sint igitur hæc quinque in fine et conventione mutui. Primum, sic rem tradi debere, ut fiat accipientis; secundum, id debere agi ut res reddatur; tertium, ut reddatur alia non eadem; quartum, ut sic reddatur alia ut tamen reddatur idem genus: postremum, ut reddatur res non solum ejusdem generis, sed etiam eadem bonitate.

Primum, rem † accipientis fieri oportet; 4
quod Paulus hic significat initio, cum dicit, mutuum nos dare: est enim dare, dominium transferre, *§. sic itaque. Inst. de act.*; quo pertinet et illud quod idem ait, mutuum dictum esse, *quod de meo tuum fiat*, hac *L. §. appellata*. Id ita mutui proprium est, ut quæcumque res obstent quominus dominium transferatur, eædem efficiant ne mutuum contrahatur. Hinc in mutuo dantem, dominum esse volumus, hac *L. §. in mutui*, quia qui dominus non est, dominium in alium transferre non potest, *L. traditio, infr. de acq. rer. dom. L. nemo plus, infr. de reg. jur.* Hic tamen interdum mutuum ex eventu confirmatur de quo in *§. appellata, infr. ead. L.* Eadem res facit ut, quamvis dominus sit qui tradit, tamen res tradita mutua non fiat; sive qui tradit non sit hoc animo ut dominium transferat, sive is cui traditur non sit ea mente ut dominus fiat, *L. si ego, infr. eod.*, quippe ita dominii transferendi ratio est, ut nisi concurrat ex utraque parte affectus contrahentium, dominium non transferatur, *L. quæcumque, infr. de oblig. et act.* Idque quod dicitur in *princ. tit Quib mod. re cont. oblig.* in mutuo res ita dari ut accipientium fiant, non sic interpretandum est, quasi satis sit eas hoc animo tradi, ut fiant accipientium; sed ita ut res vere accipientis fieri debeant.

Huic dationi, secundo loco, adjuncta esse
debet † conventio ut res reddatur, alioqui 5
re data, donatio sit, non mutuum. Huc referri oportet quod Julianus scribit in *L. non omnis, infr. eod.*, non omnem numerationem obligationem parere, sed quoties id ipsum agitur ut qui accipit confestim obligetur. Inest vero in hac conventione tertium; ut reddatur non eadem species quæ data est,

sed alia, ut hic Paulus scribit: quod, in rebus mutui propriis et fine mutui constituto, admitti necesse fuit, ut supra attigi; nam si in mutuo res dantur utendæ quæ usu consumuntur, ac consumptæ reddi non possunt, necesse est, his consumptis, aut nihil reddi, aut certe reddi alias; nihil reddi contra naturam mutui est: ita efficitur alias res reddi oportere. Quod si convenerit ut eadem species redderetur quæ data est, *aut commodatum erit*, inquit Paulus, *aut depositum;* quod an verum sit, paulo post dicetur. Nunc hoc manebit, nisi id agitur ut res alia reddatur, mutuum non esse. Hæc res quæstionem attulit, an in mutuo, si debitor eamdem rem velit reddere quam accepit, liberetur; nam, si id agitur ut aliud reddatur, non videtur jus pati ut aliud offerat: primum, quia conventio servanda est, licetque creditori quamvis oblationem quæ contra conventionem sint, contemnere. *L. 1. supr. de pact. L. qui decem, infr. de solut.*; deinde, quia ita dictat regula juris, aliud pro alio invito creditore solvi non posse, *§. 1. infr. ead. L.*; sed nihil prohibet quominus eadem species recte reddatur, dum reddatur non deterior: quod ipsum ex eodem *§. 1. hujus L.* satis colligitur. Cum enim ait Paulus, res quæ mutuo dantur, recipere functionem in suo genere, magis quam specie; etiam eadem specie reddenda functionem, idest liberationem eas recipere declarat, etsi magis in genere. Quidni vero eadem hic species recte reddatur? Rem enim eamdem reddendo, maxime satisfacimus regulæ juris quæ aliud pro alio solvi vetat. Congruit hoc etiam naturæ et fini mutui; nam, cum in eo id agatur ut res reddatur ejusdem generis et bonitatis, *L. cum quid, infr.*, id ipsum tum maxime consequimur, cum eadem species, nec deterior redditur: hæc enim est præcipue ejusdem generis ejusdemque bonitatis. At enim id actum est ut aliud redderetur. Nihil ad rem pertinet; intelligendum enim est, totum hoc caveri debitoris caussa, siquidem huc spectat conventio, ut ille re mutua utatur si velit: neque vero quæ res illius caussa comparata est, hanc illo invito servari oportet, *L. pen. C. de pact.*; at aliud pro alio solvi non potest. Dicendum est deberi ex mutuo rem aliam ejusdem generis, si debitor velit; at si velit, debere etiam eamdem; itaque eam solvendo liberari. Jam enim dixi, id agi ut res quæ data est, reddatur sine injuria crediteris; quod ita fit, si debitor rem ejusdem generis et bonitatis reddat.

Sequitur quartum, quod inesse diximus in conventione mutui, ut sic † reddi debeat alia res, ut tamen reddatur idem genus, ut Paulus loquitur; quod valet ut reddatur alia quidem species, sed ejusdem generis, idest, ut est apud Justinianum *in princ. tit. Quib. mod. re cont. oblig.* alia ejusdem naturæ et qualitatis: scilicet ut ita reddatur res sine ullo damno creditoris. 6

Quintum decet hoc loco, quod ex eadem ratione æquitatis ducitur, positum in *L. cum quid, infr.*, ut res † reddatur non solum ejusdem generis, sed etiam eadem bonitate. 7 Ita in summa id efficit conventio, ut cum mutuum acceptum erit, reddatur tantumdem: tantumdem, inquam, nihil amplius. Quod declarat † mutuum id esse quod dixi, 8 nimirum gratuitum: quod usque adeo verum est ut, quamvis in mutuo dando convenerit ut amplius redderetur, nulla tamen sit conventio, quasi contra naturam mutui interposita; re enim non potest obligatio contrahi ultra quam datum est, *L. si tibi, in pr. supr. de pact. L. rogasti, §. si tibi, infra eod.* Potest creditor stipulari usuras pecuniæ creditæ, sed hæ ex stipulatione debebuntur, non ex caussa mutui. Non deberentur illæ quidem, nisi mutua pecunia data esset; sed tamen non deberi eas propter usum pecuniæ et debitoris cessationem, argumento est, quod si mutuum statim redditum fuerit, usuræ ne ex stipulatione quidem deberi possunt. Supra scriptam autem istarum rerum conventionem cum dicimus intervenire debere, non intelligimus nominatim de his rebus convenire oportere; etenim qui dicit se dare mutuo, verbo *mutui* satis hæc omnia est complexus; sed superiora eo pertinent quæ de conventione mutui dicta sunt, ut intelligatur, si quid contra aperte convenerit catenus mutuum non esse.

AIT. RECEPTURI NON EAMDEM SPECIEM, QUAM DEDIMUS, ALIOQUIN AUT COMMODATUM ERIT, AUT DEPOSITUM) Falsum, dixerit aliquis: fieri enim potest ut sit pignus, aut locatio, aut precarium, aut contractus innominati genus; veluti cum rem do, ut eamdem reddas, si pretium quandoque tibi offeram: aut si dem aream, ut si in ea ædifices, partem ædium mihi des: aut quid dem, ut facias, neque id feceris quamobrem rem dederam. Et quidem id ita fateri necesse est, si hæc a Paulo neque exempli caussa, et absolute dicta sint. Ideo sunt qui hæc duo genera contractuum exempli caussa hic posita interpretentur. Sed repugnat figura orationis; nam si exempla hic esse vellemus, ita dicendum fuisset: alioquin alius contractus

erit, ut commodatum, aut depositum: nunc autem ita scribit Paulus, ut solum affirmet, alioqui commodatum fore, aut depositum. Quid ergo est? Puto, ut verba sunt, non aliud dici posse, quam absolute hic scriptum esse a Paulo, si demus rem ut eamdem speciem recipiamus, commodatum esse aut depositum. Sed quo loco id dictum sit, spectandum est; ita etiam, qua mente et de quo genere contractuum dictum sit, eoque etiam quam vere intelligetur. Ex genere mutui de quo agitur, animadverti potest scripta hæc a Paulo esse, cum de iis contractibus ageret qui re fiunt, qui certi quatuor recepti erant, mutuum, commodatum, depositum, pignus, ut constat ex Institutionibus. Cum igitur de his disserens, in mutuo dixit: si res ita detur ut eadem species reddatur, commodatum esse aut depositum; etsi nihil aliud addidit, tamen ex re proposita intelligimus subaudiendum esse, si res ita detur in eo genere contractuum de quo agitur, idest in his qui re fiunt. In eo vero genere, hac conventione interposita ut ut eadem species reddatur, commodatum erit, aut depositum, non aliud; non enim erit pignus, quia in eo non simpliciter res ita datur ut reddatur semper, cum pignus detur etiam hac lege ut, pecunia non soluta, id distrahere liceat; quod jure distractum, etiam secundum legem pignoris reddi non debet. Potest quidem locatio esse, aut precarium, aut id negotii genus, cum do ut idem reddas; sed hæc omnia non sunt ex eo genere contractuum qui re fieri dicuntur, de quibus Paulus disserit.

Ad §. *Mutui datio etc.*

Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensurave consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam speciem. Nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest.

SUMMARIA.

1. *Constare pondere, numero, mensura, quid sit.*
2. *Res pondere, numero, mensura constantes quæ? et cur non constent cæteræ.*
3. *In creditum ire, quid? et quid hoc loco?*
4. *Functionem recipere, quid?*
5. *Generis solutione magis satisfieri in mutuo, quam speciei ejusdem; et cur.*
6. *Mutuum cur consistat in his rebus quæ pondere, numero, mensurave constant.*
7. *Aliud pro alio non posse solvi, invito creditore; et cur.*
8. *Aliud pro alio interdum solvi potest, et quibus casibus.*

Definit quidem hoc loco Paulus, quibus in rebus mutuum consistat; sed illud explicat potissimum, cur in his consistat dumtaxat, non etiam in cæteris. *Consistit*, inquit, *mutui datio in his rebus*, idest in his tantum contrahi mutuum potest, *quæ pondere, numero, mensurave consistunt*. Consistunt enim, legitur in Pandectis Florentinis, quod valet *constat*; quo verbo eadem res exprimitur paulo significantius *in princ. tit. Quib. mod. re cont. oblig.*

1 Consistere, vel, quod est rectius, † constare numero, pondere, aut mensura res non dicitur quæ numerum, pondus, mensuram habet; alioquin dicendum sit in rebus omnibus mutuum contrahi posse, quia res omnes suum numerum habeant, suum pondus, suam dimensionem. Sed hic constare æstimari est; ut intelligatur mutuum consistere in iis rebus quæ numero, pondere, mensura æstimantur. Numero constare et æstimari eæ dicuntur, quæ illis rebus quæ cujusque speciei propriæ sunt, et ex quibus æstimatio rerum esse solet, idest qualitate et bonitate speciei, inter se non differunt aliæ ab aliis. Sed si quid distant ita, ut unæ pluris, aliæ minoris æstimentur quam aliæ; id accidit aut ex numero, quo aliæ ab aliis vincantur, aut ex pondere, aut ex mensura quæ item in his minor majorve sit, quam in aliis. Denique constant numero, quæ in pari numero rerum ejusdem generis, natura sua idem præstant, eodemque modo æstimantur: contra autem in dispari

numero, sunt et ipsæ quoque æstimatione dispari, idque tantum pro numeri proportione; eademque ponderis et mensuræ ratio est. Exempli gratia, aureos nummos numero constare et æstimari dicimus: indicio erit, quod si duo aurei solares cum aliis conferantur, si quidem cum duobus, omni alia quæstione omissa, dicimus plane idem valere, quamtumvis sint dissimili forte facie et forma; si conferantur cum uno, tum dixeris eos differre æstimatione pro portione numeri dumtaxat, id est tantum, quantum distat simplum a duplo; idemque intelligendum est de iis quæ pondere aut mensura constant. Erit etiam hoc indicium res constare pondere, numero, aut mensura, si earum æstimatio ita ex his pendebit, ut interrogati quanti res sint, non possimus respondere nisi ex pondere certo, certo numero, aut certa mensura: ut, aurum signatum numero constare dixeris, quia interrogati quanti sit, respondebimus hoc modo: unus aureus tanti est, duo tanti. Sic constat triticum mensura, quia si rogemur quanti sit, responsuri simus: illa mensura tanti est, illa tanti. Similiter, quanti sit aurum si interrogemur, necesse est nos ex pondere respondere, quia pro pondere æstimatio variatur.

2 Hujus † generis res quæ sint, non difficile intellectu est; quamquam, si quis requirit, videntur notatæ apud Justinianum *in princ. tit. quib. mod. re cont. oblig.*; numero constat pecunia numerata; pondere aurum, argentum, æs et cætera metalla infecta; mensura vinum, oleum, frumentum. Cæteræ res non constant aut æstimatur numero, pondere, mensura, quia earum unaquæque species, propria quadam naturæ vi et qualitate constat, qua differt ab aliis, qua eadem fiat, ut quamvis in pari numero aut pondere, tamen aliæ longe vincant alias, aut ipsæ vincantur ab aliis; ut puta, homines numero, aut pondere, mensurave non æstimantur, quia non discernuntur alii ab aliis istis rebus; sed est in unoquoque naturaliter quiddam, quo ipse æstimatur præstatque aliis, aut contra ab aliis vincitur: æstimantur singuli ex ingenio, doctrina, viribus, agilitate, compositione corporis, venustate, et aliis rebus compluribus; quibus efficitur ut unus homo, non modo pluris sit quam unus alius, sed etiam quam alii decem; eademque est cæterorum animalium, arborum, plantarum, ædium, agrorum, et earum specierum quæ arte constant ratio, præter pecuniam numeratam. Jam, cur in supra scriptis rebus mutuum consistat, ratio a Paulo hæc redditur: *quia*, inquit, *earum datione possumus † in creditum ire:* quod valet, quia 3
earum datione possumus mutuum contrahere: quasi diceret, ideo mutuum in his consistit, quia in his consistere potest et contrahi, ut fert earum rerum conditio, et finis mutui; in cæteris non potest, repugnante videlicet mutui et earum rerum natura. *In creditum ire*, phrasis est, quæ et alibi frequenter occurrit, ut in *L.* 3. *§. is autem, infr. de S. C. Mac. L. tutor. §. ult. infr. ad Vell. L.* 5. *§. plane, infr. de trib. L. in nave*, 1. *resp. infr. loc.* Est autem in creditum ire in re aliqua, consensu efficere ut ea res sit credita: Sed *crediti* verbum ambiguum est, quod et generaliter accipitur et specialiter; generaliter, ut eo significetur omne quod debetur ex contractu, *L.* 1. *supr.*: specialiter, ut significetur mutuum, *L.* 1. *et L.* 4. *infr. de Senatusc. Mac.* Utro igitur modo hic accipimus? Repugnat sententia loci, quominus generaliter de omni credito interpretemur; ita enim interpretantibus, hac ratione efficeretur mutuum non in supra scriptis tantum rebus consistere, sed posse contrahi in omnibus, quia res omnes, quæcunque sunt, ita dari possunt ut creditæ fiant. Restat igitur ut hic creditum positum sit pro mutuo, sitque hic sensus quem indicavit: ideo in his rebus mutuum consistere et contrahi, quia et potest; id est, quia hæ solæ res aptæ sunt natura sua, ut in his mutuum contrahatur: id quod rursus Paulus confirmat subjecta ratione, *quia in genere suo*, inquit, *functionem recipiunt per solutionem, quam specie:* in qua oratione, *magis* subintelligere debemus. Phrasis Græca *quam*, et multis aliis in locis Juris nostri annotavit Antonius Augustinus *Lib.* 4. *emend. cap.* 8.

Functio, hoc loco, non solutionem et præstationem rerum significat, sed † satisfactio- 4
nem et liberationem quam adfert earum rerum præstatio; quod ex his orationibus intelligi potest. Dicimus enim fungi noxæ deditione, *L. liber. in fine. supr. ad leg. Aquil.*, cum non hoc intelligimus tantum rem noxæ dedere, sed ita dedere ut ea deditione satisfaciamus, eoque modo liberemur. Dicimus item fungi litis æstimatione, *L.* 1. *§. est autem, infr. si fa. fur. fecis. dic.*, ubi certum est non hoc dici tantum, litis æstimationem præstare nos, sed ita præstare, ut sit ea præstatio pro justa satisfactione et liberatione. Etiam hic ipse locus satis arguit functionem pro præstatione et solutione rerum accipi non posse, alioqui quid ineptius quam dicere istas res recipere solutionem in suo genere per solutionem et præstationem? Ergo, ex illo verbi usu hic, functio

inde appellata, satisfactionem et liberationem
significat, ut sit hic sensus: ideo in his re-
bus mutuum contrahi posse natura sua, quia
hæ res in genere suo per solutionem, idest
dum solvuntur, recipiunt functionem et sa-
tisfactionem, idest his solvendis, plane sa-
tisfit creditori, ut injuriam sibi in eo fieri
queri non possit.

Non fuit autem contentus dicere recipere
eas in suo genere satisfactionem, eodem mo-
5 do, ut in specie; sed ✝ addidit *magis quam
specie*, significans, si hæ in genere reddantur,
magis satisfactionem paratam esse creditori,
quam si species eadem quæ accepta est, red-
deretur; non quia, eadem specie reddita; si
modo reddatur non deterior, creditori non
satisfiat (jam enim satisfieri initio hujus ca-
pitis ostendi), sed quia fieri potest ut eadem
species, quæ accepta est, tempore corrumpa-
tur; puta, ut vinum mutuo datum acescat,
frumentum aut tempestate vitietur, aut a
pedunculis rodatur; porro deteriorem rem
reddere non licet, ut mutuo satisfiat. Quod
si *in genere* redditur, nunquam erit tem-
pus cum res reddi non possit sine creditoris
injuria; semper enim in genere res ejusdem
generis et bonitatis reperiri possunt, aut
certe facilius reperiri, quam illud effici ut
eadem species eadem bonitate reddatur.

Optime vero superiore ratione Paulus col-
6 ligit, his ✝ in rebus mutuum contrahi pos-
se. Meminisse enim debemus, in mutuo ita
aliud quam acceptum est reddi debere, ut
reddi debeat sine creditoris incommodo:
idest eadem qualitate et bonitate, ut decla-
ratur *L. seq.* Quo fit, ut in mutuum illæ res
quærendæ fuerint, in quibus, cum aliæ pro
aliis redderentur, id fieret sine ullo damno
creditoris. Declarat ergo Paulus, tales esse
eas quæ constant pondere, numero, aut men-
sura; hac ratione, quia sint ejusmodi ut,
aliis ejusdem generis reddendis, non tantum
eodem modo satisfiat creditori, quo satisfie-
ret, si eadem species redderetur, sed etiam
magis. Ex quo efficitur quod vult, in his
mutuum recte contrahi; in cæteris contraria
de caussa contrahi non posse. Et hoc est,
quod subjicit, *in cæteris rebus ideo in credi-
tum*, idest in mutuum iri non posse, *quia
aliud pro alio invito creditore solvi non pos-
sit.* Atqui ista ratione efficitur, dixerit ali-
quis, ut ne in supra scriptis quidem rebus
mutuum possit consistere, cum in his neces-
se sit aliud pro alio solvi, et videatur potius
ratio adversus Paulum facere: quod non ita
est. Sic enim est natura cæterarum rerum:
ut in his, quodcumque numero aliud pro eo
quod acceptum est solvitur, vere sit aliud,
non numero tantum, sed etiam [illegible]
potestate: ita in his, cum vere aliud sit
quod redditur, una etiam, si offeratur, in
superiorem regulam incurret, ne invito cre-
ditore possit solvi. Alia conditio est earum
rerum quæ pondere, numero, mensurave
constant; in quibus, cum alia species reddi-
tur quæ ejusdem generis sit et bonitatis,
dicatur sane numero reddi aliud, re autem
vera idem redditur: cum reddatur quod tan-
tumdem præstet sine damno creditoris, et
quidem multo magis quam si species ipsa
quæ data est redderetur; quo fit ut ad
istas res nihil superior regula pertineat, eo-
que quo minus in his mutuum consistat,
non sit impedimento.

AIT, ALIUD PRO ALIO INVITO CRE-
DITORE SOLVI NON POTEST.) Regula
✝ sumpta est ex definitione obligationis quæ 7
exstat sub titulo *de oblig. Inst.* Nam, si ex
ea definitione, necesse est debitori solvere
quod debetur, est contra naturam obli-
gationis liberum esse id non solvere: at-
qui liberum esset, si aliud solvere liceret;
quare repugnat naturæ obligationis aliud
pro alio invito creditore solvi. Et sane aper-
te iniquum est non tribui cuique quod ei
debeatur.

Sed ✝ hoc tamdiu verum est, quamdiu 8
quod debetur, præstari a debitore potest,
nec fit ei potestas jure aliud solvendi. Quod
si non potest res ab eo præstari natura
cogit, ut pro ea aut nihil præstari debeat,
aut debeat præstari æstimatio, vel si quid
aliud habet debitor; in summa aliud, quip-
pe necessitati parendum est, et stultum est
exigere quod fieri non possit; quo referri
debent horum locorum exempla, qui pro
contrariis citantur in glossa. *L. in re fur-
tiva, in pr. infr. de cond. fur. L. qui resti-
tuere, supr. de rei vind. L. si domus, §.
qui confitetur, infr. de legat. 1. Auth. hoc
nisi debitor, C. de solut.* Sed et si debitor al-
terius rei solvendæ potestatem habeat, vel
jure sibi tributam, vel testamento, vel con-
ventione; jam hoc jure fit ut, pro potestate
sibi concessa, possit aliud solvere; itaque et
ad hunc sine dubio regula non pertinet. Ju-
re hanc facultatem tributam habet dominus
qui noxali actione ex maleficio servi con-
venitur, hic enim damni æstimationem de-
bet; cæterum, noxæ servum dedendo libe-
ratur, quia hanc facultatem a lege accipit,
L. miles, §. 1. infr. de re jud. Testamento
habet heres quem jussit testator penum da-
re, et si non dedisset, jussit dare decem. Hic
enim, cum interpellatus ut daret, penum non
dedit, continuo decem debere incipit, et qui-

dem ita ut sola decem videantur esse legata, et tamen facultatem habet penum solvendi donec lis cum eo contestata sit, scilicet quia ex voluntate testatoris accepit, *L. 1. infr. de pen. leg. L. cum sine præfinitione. infr. quan. dies leg. ced.* Conventione idem efficitur, si proponas penum promissam esse, et si penus data non esset, promissa esse decem, deinde in solvenda penu mora facta sit, *L. ita stipulatus, infr. de verb. obl. L. si quis stipulatus fuerit decem in mello, infr. de solut.* Horum si nihil erit jus perpetuum est, aliud pro alio invito creditore solvi non posse: invito, inquam, nam volenti si aliud datum sit, non minus contingit liberatio, quam si ipsa res debita soluta esset, *L. manifesti, C. de sol. L. si quis aliam, infr. eod.*

Ad §. *Appellata est autem.*

Appellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit. Et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

SUMMARIA.

1. *Mutuum quomodo dictum, quod* de meo tuum fiat.
2. *Mutuum confirmatur interdum, et si ab initio aliena pecunia data sit; et quibus casibus.*

1 Erunt fortasse qui etymologiam ✝ mutui hoc loco traditam, irridendam putabunt; nec omnino abs re, ut videtur. Nam si ex eo mutuum appellatum est quod de meo tuum fiat, ut Paulus scribit; ubicumque de meo tuum fiet, recte dicetur mutuum, ut in quibus eadem ratio est nominis, idem nomen admittatur. Neque enim incertum est, quæcumque certa aliqua de caussa inducuntur, ea ubique locum habere, ubi ea ratio locum habet, arg. *in L. privilegia, L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. jur.* valetque id præcipue in nominibus; quæ, cum rebus consequentia esse debeant, ut bene monet Justinianus in *§. est et aliud, Inst. de donation.*, par est ut, in quibus res eadem est unde nomen ducitur, ea quoque eodem nomine appellentur. Ista ratione ergo, permutatio, donatio, atque adeo legatum, dicetur mutuum, quia in his omnibus de meo tuum fit; quæ tamen mutuum nec esse nec dici constat, neque eorum modorum aut contractuum quemquam, ex quibus rem meam in alium transferam, præter eum quem nunc mutuum appellamus. Et quidem ego itidem irridendam putarem etymologiam istam mutui, si ex una tantum parte contrahentium, dantis nimirum, ita mutuum appellatum intelligeremus. Sed si ab utraque parte ita dici intelligamus, et eum qui accipit, ita dicere interpretamur, *de meo tuum tibi do*, ut *tuum* intelligat quod ante a te accepit; sine dubio constabit etymologia, neque in ullum alium contractum quadrabit quam mutuum. In donatione de meo tuum facio, sed non item contra tu de tuo meum; in permutatione facit uterque, quo possit dicere *de meo tuum fit*, cum uterque det et vicissim accipiat: sed qui accipit, dat aliud: neque potest ita dicere *en tibi do quod sit tuum illud quod prius accepi*. At in mutuo sic utrinque de meo tuum fit, ut qui reddit, solus vere possit dicere, *en tibi de meo facio quod sit tuum*, tuum, inquam, per emphasim, non quod jam tuum esse incipiat quia sit dominii tui, sed tuum illud quod prius a te accepi; ex quo est omnino nomen mutui. Idque ita esse declarat usus latine loquentium, qui voluntates quæ accipiuntur et pares redduntur, item officia quæ accipiuntur et vicissim redduntur, appellant mutuas voluntates, mutua officia, ut pene diserte interpretatur Cicero *Lib. 1. epist. ad familiares, epist. 5.* At hoc si intelligeret Paulus, exprimeret (dicet aliquis), ne quis esset errori locus, nec rem incertam relinqueret. Si quidem etymologiam ex professo traderet, exprimere debuit; sed observandum est, hic illi propositum fuisse non etymologiam verbi tradere, sed ostendere non esse mutuum ubi is qui rem tradit, dominium non transfert. At quod demonstrandum, satis habuit id sumere quod ad eam rem conduceret videbatur; id autem erat, si intelligeretur mutuum saltem ex parte dantis, appellatum esse quod

de meo tuum fiat; quo admisso, non est progressus longius. Quod ad rem attinet, hoc statuit, si de meo tuum non fiat, nullam condictionem nasci, quia videlicet mutuum non sit, neque propter ea alia obligatio contrahatur.

Id tamdiu verum est, quamdiu res aliena data, aliena manet; quod si accipientis fieri
2 cœperit, mutata ratione, † placet confirmari mutuum, et exinde nasci danti condictionem. Id autem duabus casibus contingit; uno, si res mutuo data, usucapta sit ab eo qui accepit; et in totum probandum est, quisquis rem suam dando, eo nomine condictionem habet, eum et rem alienam dando condictionem nancisci, simul atque res ab accipiente usucapta fuerit, *L. si alienam. infr. de donat. caus. mor.*, quodammodo enim transtulisse dominium videtur qui ejus nanciscendi caussam dedit, ut et alias damnum dedisse dicitur qui ejus damni caussam præbuit, *L. qui occidit*, §. *ult. supr. ad leg. Aquil.* Alter casus est, si nummi mutuo dati, ab eo qui accepit consumpti fuerint: hoc quidem casu nasci condictionem certum est, *L. si a furioso, et L. seq. L. non omnis, infr. eod.*; at quamobrem, ut hæc species ad propositam definitionem referri debuerit? neque enim, si is qui accepit consumpsit, ideo nummi illius facti videntur. Et Julianus in *L. non omnis*, §. *si pupillus, infr. eod.* hanc rationem reddit, quasi num mi videantur ad eum pervenisse, idest illius esse facti; quod si verum est, plane hæc species ad hunc locum pertinet; de qua ratione amplius ad *L. rogasti*, §. *ult. et d.* §. *si pupillus, infr.*

Ad §. *Creditum ergo etc.*

Creditum ergo a mutuo differt, quo genus a specie. Nam creditum consistit extra eas res quæ pondere, numero, mensurave continentur, sicut si eamdem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia. Creditum autem (fit) interdum, etiam si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur. In mutui datione oportet dominum esse dantem; nec obest quod filiusfamilias et servus dantes peculiares nummos, obligant. Id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam, nam mihi actio acquiritur, licet nummi mei non fuerint. Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

SUMMARIA.

1. *Mutuum species; a credito quibus rebus differat.*
2. *Creditum pro mutuo non raro.*
3. *Adventitiæ pecuniæ filiusfam. dominus non est.*
4. *Peculiares nummos dando, servi et filiusfam. mutuos efficiunt, sine alia peculii libera administratione.*

Ex iis quæ de mutuo dixit Paulus, colligit creditum a mutuo ita differre, ut creditum generis nomen sit, omnes contractus continens; mutuum crediti species; et recte ex præcedentibus colligit. Apparet enim ex his, mutuum multas res desiderare ad obligationem, quæ non item desiderantur in contractibus aliis; quæ res aperte declarat, mutuum speciem contractus esse, a cæteris ita distinctam, ut de his mutuum dici non possit. At in omnibus creditum est, etiam si quid desit earum rerum quibus mutuum continetur; id quod earum rerum enumeratione planius ostendit.

In mutuo hæc spectantur; res quæ mutuo dantur; finis dandi restituendique; traditio rei; dominii translatio; consensus atque conventio. Totidem ex rebus † do- 1
cet creditum genus esse, mutuum speciem; cum, sive hæc omnia concurrant, sit creditum; sive quid eorum absit, possit etiam esse creditum, mutuum esse non pos-

sit. Mutuum non contrahitur, nisi in iis rebus quæ pondere, numero, mensurave constant: cæteræ res, ut deberi possunt ex aliis contractibus, ita ex his creditæ fieri possunt. Mutuum non datur, nisi hac lege ut aliud reddatur; res quævis sic dari potest ut eadem restituatur, sitque hoc modo credita, ut in commodato, deposito, locato, pignore accidit. Mutuum non contrahitur, nisi re accipienti tradita; at quidvis ex cæteris generibus contractuum nobis deberi potest, quamvis a nobis nihil profectum fuerit; veluti ex stipulatione, ex empto, vendito, societate, mandato et similibus. In mutuo, dantem dominum esse oportet: in innumeris contractibus sic, re tradita, nascitur obligatio, fitque hoc modo creditum, ut nihil referat utrum qui tradit dominus sit necne, ut fit in commodato, *L. commodare, et L. seq. infr. commo.*; proinde et in deposita multo magis. Postremo, in mutuo nunquam conventio sola, aut verba alium obligant, at etiam verbis credimus; quod fit in stipulatione, ex qua, ut verbis promissum debetur, ita et creditum fit. Creditum igitur genus, ut est propositum; huic generi subjectæ innumeræ species, ex quibus est mutuum.

Sed hæc de significatione crediti, ex vi et origine verbi, tum vulgari usu dicta sunt;
2 cæterum, obtinuit † hic quoque usus, uti et
in aliis multis, ut commune verbum ad speciem transferretur, usurparetur que non raro pro mutuo, ut in his locis, *L. 1. L. 4. infr. de Sen. Mac. L. quod si minor, §. pen. L. 1. §. 1. supr. de minor. §. 1. supr. hac leg. L. singularia. et L. seq. infr. eod.* Quod factum per excellentiam nominis videtur, quia plus, nescio quo modo, in mutuo credimus aliis quam in cæteris contractibus omnibus; nam in mutuo non credimus pecuniam alienam, sed nostram, et quidem a nobis profectam; neque credimus ejus rei usum et possessionem tantum, sed rem totam, ejusque rei dominium in accipientem transferimus, dum usum volumus transferre; quod nullo alio in contractu fieri reperiamus.

VELUTI SI POST NUPTIAS DOS PROMITTATUR) Dixerat ex aliis contractibus quam mutuo pecuniam creditam fieri posse, etsi a nobis nihil proficiscatur in eum cui credimus, et addit, *veluti si post nuptias dos promittatur.* Recte *post nuptias;* nam ante contractas si mulier dotem promittit, exemplum non congruet. Primum, ante nuptias non obligabitur ea promissione, cum omnis promissio dotis hanc conditionem habeat si nuptiæ sequantur, *L. stipulationem, infr. de jur. dot.* Etsi autem, nuptiis secutis, jam plane incipit mulier obligari, eoque modo fieri pecunia illi credita; non tamen hoc ita fit, quin prius a marito in uxorem aliquid et multum proficiscatur; is enim uxorem ducendo, se quodammodo totum illi tradit, et illam omnis juris divini et humani sociam et consortem facit, *L. 1. infr. de rit. nupt. L. 1. infr. de act. rer. amot.* Quod si ponemus dotem promitti post nuptias, conveniet exemplum, sive fingamus ab uxore dotem promissam marito, sive a marito uxori, dum intelligamus promissam ab uxore post nuptias contractas, a marito autem post dissolutas. Uxor si, nuptiis contractis, dotem promittit, non eo minus obligatur, *L. ad exactionem, C. de dot. pro.* Atqui hoc casu nihil in illam maritus confert aut ante contulit, ut dotem acciperet, neque vere etiam conferet postea; jam enim illam uxorem duxit, neque potest iterum ducere. Maritus quoque, soluto matrimonio, recte promittit se restituturum certam summam, dotis acceptæ nomine quamvis ab illa nihil acceperit, et nihilominus obligatur, *L. si divortio, infr. de ver. obl.* Id non fieret, si maritus, constante matrimonio, idem promitteret: ubi ea promissio haberet donationem; quod genus inter virum et uxorem non valet, sive quid tradatur, sive promittatur, *L. 3. §. sciendum. infr. de don. int. vir. et uxor.*

NEC OBEST QUOD FILIUSFAMILIAS) Objectio est hujusmodi: filiusfamilias et servus nummorum peculiarium domini non sunt; et tamen dantes nummos peculiares obligant, intellige accipientem, nempe ex mutui caussa, et ita mutuum contrahunt, unde illa obligatio; ergo in mutui datione non necesse est dominum esse dantem; quod Paulus posuerat. Respondet ille non obesse exemplum, quia tale id sit, quale si voluntate mea tu des pecuniam; nam mihi acquiri actionem, licet mei nummi non fuerint. Significat hoc responso, priora duo quæ sumuntur, vera esse; sed non recte colligi ex his, eos qui dent mutuum, posse aliquando non esse dominos, quoniam in hac quoque specie domini fuerint qui dederunt. Cum enim filiusfamilias aut servus nummos peculiares mutuos dant, hoc ipso quod peculiares sunt, patris et domini voluntate mutuos facere intelliguntur, *L. quod servus, 35. infr. de sol.* Porro nihil interest ipse dominus tradat alicui rem suam, an alius ejus voluntate, ut videatur ipse dominus dedisse, *L. qua ratione. §. hæ quoque, infr. de acq. rer. dom.*; quod et in hoc genere mutui respondetur in *d. L. quod servus, in fin. de sol.* Et ad hoc

exprimendum, bene id tale esse dicit, quale si tu voluntate mea des pecuniam mutuam Titio, quæ tua sit non mea: nam et hic mutuum contrahitur, ita ut mihi Titius obligetur, quamvis ante dominus non fuerim; sed et hoc non alia ex re accidit, quam quod, cum tu das voluntate mea, continuo res mea fieri et a me proficisci intelligitur; ut hic quoque verum sit, cum qui dat et cum quo mutuum contrahitur, dominum esse; de quo postea ad *L. certi*, *§. si nummos*, *infr.* Quod significat Paulus, filiumfamilias et servum dominos non esse nummorum peculiarium, etiam nunc est verissimum. De peculio servorum jus certum est et perpetuum, *§. item vobis*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* Certum item et in filiifamilias peculio profecticio, *§. 1. Inst. eod.*

De adventitio potest hodie dubitari, propter constitutiones, quibus adventitiorum proprietas filio tribuitur, ususfructus tantum patri, *L. cum oportet*, *C. de bon. quæ liber.* Sed
3 vel hac ipsa de caussa ✝ nummi peculiares, quamvis adventitii non sunt filiifamilias; nam in usufructu pecuniæ et cæterarum rerum quæ usu consumuntur, ut vini olei, frumenti, hoc servatur ut proprietas transferatur ad fructuarium, quo possit his utendo eas consumere, *L. si vini*, *supr. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* Quamquam, etsi in his etiam proprietas filio acquireretur, tamen, ut est conditio omnis peculii adventitii, sic acquireretur ut is peculii cujus ususfructus esset patris, alienationem non haberet, quæ filiisfamilias est interdicta, *L. ult.* *§. pen. ver. filiis autem*, *C. de bon. quæ lib.*; quod ipsum eo rem adduceret, ut nec videretur filius esse peculii dominus, cum de rerum alienatione ageretur.

Quod ait Paulus simpliciter, filiumfamilias et servum dantes peculiares nummos, mutuum contrahere, vere ✝ dicitur; ut 4
intelligamus, vel hoc ipso quod ex peculio suo, seu peculiari nomine tradunt, hoc animo ut nummi ex caussa mutui transferantur, mutuum contrahi; et quidem ita, ut qui accepit, his solvendo liberetur, non secus quam si his a patre dominove jussus solvisset, *L. fugitivus*, *in fi.* *L. si servus*, *L. quod servus*, *infr. de sol.* Id, ut dixi, voluntas patris et domini facit; hi enim dum peculium concedunt, verbo peculii hoc concedunt, ut filius et servus id tamquam proprium patrimonium habeant, *§. actiones autem*, *Inst. de act.*; proinde hoc saltem, ut tamquam boni patresfamilias peculium exerceant, itaque etiam ut pecuniam mutuam dent, ne maneat apud eos otiosa: cæteris in rebus alienationem permutationemve non habent, quæ non est necessaria, nisi libera peculii administratio his concessa sit, *L. contra*, *§. si filius*, *supr. de pact.*

VERBIS QUOQUE CREDIMUS, VELUTI STIPULATIONE) Exempli caussa dixit *veluti stipulatione*, quia olim non in stipulatione tantum verba necessaria erant ad contrahendam stipulationem, sed etiam in aliis quibusdam caussis; veluti in dictione dotis, et jurejurando quo libertus patrono jurabat se illi donum, munus, operas daturum, ut est in Institutionibus quæ dicuntur Caii, *tit. de oblig.* Sed hoc non eo pertinet, ut in his etiam ex verbis nasceretur obligatio; id enim solum fit stipulatione: unde hujus solius propria ea quæ dicitur obligatio verborum, ut docui ad Tit. *de verb. oblig. in pr.*

Ad L. *Cum quid mutuum, etc.*

Pompon. Libr. 27. ad Sabinum.

Cum quid mutuum dederimus, et si non cavimus ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem quæ ex eodem genere sit reddere, veluti vinum novum pro vetere. Nam in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum est. Id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur qua datum est.

SUMMARIA.

1. *Cavere quid?*
2. *Mutuum an æque bonum reddendum sit; quæ dubitandi caussa.*
3. *Actum pro cauto habendum, quam verum sit; et præcipue in novatione, ob caussam dato, stipulatione.*
4. Pro cauto haberi, *aliud quam haberi pro expresso.*
5. *In mutuo cautum ut eadem bonitate reddatur, unde intelligatur.*
6. *In mutuo vino, oleo et similibus rebus, auctæ æstimationis commodum et imminutæ incommodum, ad creditorem pertinet, quamdiu hæ reddentur eadem mensura, sua die; aut sine die, ante litem contestatam.*
7. *Mutuum eadem bonitate, non eadem æstimatione reddi oportere; et quid æstimatio a bonitate rei differat.*
8. *Mutuum minore æstimatione reddi quam datum est, non iniquum.*
9. *Nummi mutuo dati, eodem æstimatione reddendi; et cur hic a reliquis rebus mutuo datis differant.*
10. *Nummis mutuo datis, licet pecuniam in aliam formam reddere.*
11. *Nummorum æstimatione postea aucta, sufficit ea æstimatione reddere quæ fuit, cum mutuo dati sunt.*
12. *Nummorum æstimatione postea imminuta, reddi debent ea æstimatione, quæ fuit, cum mutuum datum est.*
13. *Vinum velus præstare novo, quomodo accipiendum.*

Constat, quod mutuo datum est, id eadem quantitate, et ejusdem generis reddi debere; de quo dictum est initio *L. præcedentis.* An etiam æque bonum reddi debeat, etsi de eo nihil aperte cautum sit, quæritur; de quo hoc loco. Non ambigitur quid in eo servari oporteat, si nominatim hac lege mutuum datum sit, ut eadem bonitate redderetur. Certi enim juris est, in traditionibus rerum quodcunque pactum interpositum sit, id valere *L. in traditionibus, supr. de pact.* Solum hoc habet dubitationem, an et tunc eadem bonitate reddi debeat, cum de eo nobis non caverimus: ac propterea de eo hæc ipsa conditio hoc loco expressa est, atque his ipsis verbis; sic enim loquitur Pomponius, *etsi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur;* ubi hoc dicere intelligendus est, etsi de eo nihil in mutuo dando dictum sit, nihil convenerit.

Nam, ut hoc de verbo *cavendi* initio moneam, quia eo verbo non semel Pomponius hic utitur, et ad reliquam sententiam loci intelligendam in primis pertinet. cavere ┼ generaliter est sibi prospicere adversus pe- 1
riculum aliquod quod metuatur in re aliqua, ne in id incidamus. *L. 3. in pr. supr. de transact.* Id fit in proposito, cum mutuum dantes, nominatim de bonitate rei exprimimus, paciscimurque ut æque bonum nobis reddatur; nam. hoc prætermisso, potest dubitari an mutuum eadem bonitate reddi debeat; neque enim omnes sunt periti juris, aut omnes naturam cujusque negotii vident. Atque hæc dubitatio periculo non vacat, cum in rebus obscuris sæpe aliud aliis videatur; et, ut nihil sit aliud, certe omnis dubitatio lites parit. Ita fit ut qui nominatim exprimit de ea bonitate, quia hoc facto sibi prospicit adversus periculum superioris dubitationis. ideo recte dicatur eo modo sibi, ut æque bonum reddatur, cavere. Est igitur hic *cavere* dicere et verbis nuncupare aliquid, ut et paulo post, cum dicit *in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum est,* illud *pro cauto* valet pro di-

rio et nuncupato seu expresso. Quo intellecto, redeo ad quæstionem, an quod mutuum datum est, æque bonum reddi debeat, etsi de eo nihil dictum sit, nihil convenerit.

2 Movet dubitationem ┼ quod in contractibus stricti juris nihil præstari oportet, nisi de quo aperte consensum sit, ut declaratur exemplo stipulationis in *§. ult. Instit. de oblig. ex cons. L. quidquid, infr. de verb. oblig.* Atqui hujus generis mutuum esse inter omnes convenit, ut quod non numeretur inter contractus bonæ fidei in *§. actionum autem, Inst. de act.* Quo fit ut, si in mutuo de bonitate rei reddendæ cautum seu dictum non sit, ne id quidem quod mutuo datum est, æque bonum reddi sit necesse, dum sit ejusdem generis et naturæ quod redditur, et reddatur eadem quantitate. Fuisse rem hanc controversam, in eaque controversia fuisse eam ambigendi caussam, quam dixi, lecto hoc responso, dubitari non potest; cum Pomponius de re statuens, in eo sententiam suam accurata ratione confirmet; sit autem ratio ejusmodi, quæ ad superiorem illam objectionem diluendam non obscure referatur. Ergo, de quæstione proposita ita ille statuit, mutuum quod datum est, non solum eadem quantitate et ejusdem generis reddi debere, sed etiam eadem bonitate qua datum est; etiamsi de eo nihil cautum dictumve sit, cum mutuum dabatur. Objectionem autem quam diximus, ita diluit. Fatetur, nihil ne in mutuo quidem præstandum esse, nisi de quo cautum sit; sed ut reddatur res eadem bonitate, id in mutuo, hoc ipso quod mutuum est, sine alia conventione satis caveri ostendit hac ratione: quoniam, inquit, *in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum est; id autem agi intelligitur, ut mutuum ejusdem generis et eadem bonitate solvatur qua datum est.* Quæ duo si vera sunt, perspicuum est effici id quod initio statui voluit, ut cum dederimus nihil præstandum esse nisi quod cautum et conventum est, tamen vel ob hanc ipsam caussam, eadem bonitate mutuum reddi debeat. Hinc apparet contineri hoc responsum argumentatione suis partibus constante; quarum in singulis cum sit quod explicatione indigeat, commode de toto responso ita dicetur, si ordine singulas, ut fert ratio argumentationis, expendemus. Est igitur hæc propositio argumentationis, onde

3 et pendent cætera: *in contrahendo, ┼ quod agitur pro cauto habendum est;* ubi id *quod agitur,* sic accipiendum est, quod cogitatum et de quo sensum est a contrahentibus ita, ut non sit expressum, *L. qui cum, §. ult. in pr. et fi. supr. trans. L. eum qui Calendis, in pr. infr. de verb. obl.* Sed videamus ne hæc sententia falsa sit; quod exemplo novationis, vel ob caussam datæ, item stipulationis videtur liquido demonstrari posse. Nam, de novatione in *L. ult. C. de novat.* ita cautum est, ne, posteriore stipulatione de eadem re interposita, videatur fieri novatio, nisi nominatim dictum sit novationis caussa posteriorem interponi, neve unquam deinceps ad conjecturas ejus quod verisimile sit actum esse, recurratur. De re ob caussam data ita traditur in *L. si repetendi, C. de cond. ob cau. dat.*, nihil videri ob caussam datum, ubi nominatim caussa de qua sensisse nos dicimus, non sit adjecta. Ne autem certa et generalis definitio desideretur in hoc genere, de stipulatione ita definitum est in *L. quidquid, infr. de ver. obl. quidquid adstringendæ obligationis caussa est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum esse.* Sed nihil verius, quam *in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum esse;* neque hoc usquam in alio ullo contractu frequentius traditum legimus, quam in stipulatione. Quid est enim aliud, quod toties traditur quodque adeo regula juris comprehensum est, semper etiam in stipulationibus sequi nos quod actum est? *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur. L. ubi infr. de reb. dub. L. eum qui Calendis, infr. de ver. obl.* Sequimur enim ideo, quia pro cauto habetur, seu ideo, quia perinde est ac si verbis stipulationis nominatim comprehensum esset. Neque hoc de eo quod aperte verbis stipulationis actum est, solum accipi debet, sed maxime de eo quod tacite actum est, ut declaratur exemplo *d. L. eum qui Calendis, infr. de ver. obl.* ubi in eo qui stipulatus erat dari Calendis, nec adjecerat quibus, placet non ideo vitiari stipulationem; sed, si non appareat de quibus senserint contrahentes, primas Calendas esse spectandas, quæ tamen appellatæ non sint, quasi de his actum sit; quod si ipso die Calendarum quis stipulationem interponat, actum videri de sequentibus Calendis. Sed quod dicitur, *id quod agitur,* etiam sine aperta conventione *pro cauto* habendum esse; quoniam dicitur de eo, non quod dicitur tantum agi, sed quod re vera agitur, hanc conditionem omnino continet si modo etiam id agi intelligatur, ut de eo possit in judicio constare; nihil enim prosit actori aliquid factum esse intendere, si adversarius neget, nisi probetur; cum actore non probante, reus absolvatur, *L. 2. infr. de prob. L. qui accusare, C. de eden.* Quare, sicubi id intelligetur ex conditione rei de qua agitur, et more hominum in hujusmodi

negotiis usitato; hic recte dicetur id quod constet ita actum, pro cauto habendum esse, atque hoc modo sequendum. Sin quod dicitur actum esse, ejusmodi est ut natura rei gestæ non possit probari, necessario hic eveniet ut, si verbis omissum fuerit, pro cauto haberi non possit; non quia aliquid quod in contrahendo actum sit, non habeatur aliquando pro cauto, sed quia quod tale est, non videatur esse actum, quia non probetur; ut merito hic locum habeat illud Pauli ex *L. duo, infra, de test. tut.*, non deficere hic jus, si quidem de eo quod dicitur constaret, sed deficere probationem; quod eo rem adducit, ut perinde sit quasi nihil actum esset, etiamsi actum fuisse proponatur. Ut autem non possit intelligi sine verbis et aperta conventione, id quod *agi* dicitur, accidit in his tribus generibus negotiorum quæ supra commemoravi, quia nulla certa eorum negotiorum natura est, ex qua id possit verisimiliter conjici. Ea res facit ut quod hic agi volumus nisi de eo aperte verbis cautum sit, pro omisso habeatur, non ut verbis omissum, sed tamquam nec actum; nam, ut respondeam ordine de singulis, stipulatio posterior de omni obligatione præcedenti interponi potest, non tantum novationis caussa, sed etiam non novationis caussa; ut appareat, natura posterioris stipulationis de animo novandi nihil contineri, nihil probari. Itaque non abs re constituit Justinianus, ne ea stipulatio novationis caussa aliter facta putaretur, quam si eo gratia illam interponi nominatim cautum esset. Si de eo quod datur, quæritur, quidvis dari potest et donationis caussa, et ob caussam, idest ut quid fiat aut detur: sed et caussæ ob quas quid detur, innumeræ et longe dissimiles esse possunt; non igitur continetur natura dandi, ut quod datum est, existimetur ob caussam datum esse, multoque minus ob hanc aut illam caussam. Quod ad stipulationem attinet, constat nullam hujus certam esse naturam, ut quæ de omni negotio proposito interponi possit et soleat, *L. 5. §. conventionales, infr. de verb. obl.*; eo, ad id quod continet declarandum, verba desiderat. Re autem aliqua semel verbis stipulationis comprehensa, si quid erit in ea ambigui aut obscuri, deinceps quid in eo acti sit, conjecturis cuique rei et negotio convenientibus explicatur, ut fit in eo qui stipulatus est dari Calendis, nec adjecit quibus in *d. L. eum qui Calendis, de verb. obl.*, ubi, ex fine omnibus contrahentibus proposito, respondetur primas esse spectandas, ne nihil videantur contrahentes egisse; quod alioqui futurum fuerit. Non eadem caussa est mutui: hujus certa est natura, quæ ipso verbo mutui demonstratur: ex ea quid de bonitate rei reddendæ agatur, potest existimari; ideo et de eo cautum intelligitur; de quo mox in explicatione assumptionis. Illud fortasse alicui non temere contrarium videbitur, quod regula juris traditum est, expressa nocere, *L. expressa infr. de reg. jur.*; non enim regula ad supremas tantum voluntates pertinet, ad quas eam pertinere constat, *L. nonnunquam, infr. de cond. et dem. L. si quis Sempronium, infr. de her. inst.*, sed etiam ad contractus; hinc enim est quod placet illam stipulationem esse inutilem *si volueris, dari*, hanc utilem *cum volueris, dari*, L. centesimis, §. *ult. infr. de verb obl g.* Porro, hac regula aperte declaratur, id quod expressum non est, quamvis de eo maxime actum sit, non idem tamen per omnia valere atque id quod expressum est; quod significat, non semper haberi pro expresso, seu non ita haberi ac si expressum esset, alioqui et pariter noceret uti ea quæ sunt expressa. Jam ergo videamus ne contra dicatur in contractibus, cum ita definitur generaliter, in contrahendo, quod agitur, quamvis non expressum, tamen pro cauto habendum esse; quid enim aliud est pro cauto haberi, quam haberi pro expresso? quid est autem haberi pro expresso, nisi perinde haberi eodem loco esse ac si expressum esset; proinde etiam et prodesse et nocere eodem modo?

Sed longe aliud est † pro cauto haberi 4
aliquid, aliud haberi pro expresso; et quidem ita aliud, ut qui prius dicit, nihil minus dicat quam id quod agitur, expressi vim habere. Pro expresso haberi valet idem efficere quod expressum; quod qui dicit, fateor hunc significare, id quod agitur pariter servari, idemque pariter et nocere et prodesse, ut noceret et prodesset expressum. Itaque, si quis hoc diceret, non negem huic adversari illam regulam juris: *expressa nocent; non expressa non nocent.* At his verbis, *quod agitur pro cauto habendum esse*, hoc exprimitur, habendum id quidem pro expresso, nam aliter nihil prosit; sed habendum hactenus, ut prosit tantum caventi, non etiam ut noceat. Cavere enim prospicere est; nemo autem sibi prospicere intelligitur, deteriorem conditionem suam faciendo, sed meliorem. Qui dicit id quod agitur, licet non expressum, ita pro expresso esse ut non noceat, non modo nihil dicit regulæ juris contrarium, qua efficitur non expressa non nocere, sed maxime idem confirmat. Sequitur assumptio argumentationis propositæ: *id autem*

in mutuo agi intelligitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur qua datum est. Sed frustra hoc dicitur, nisi probatur.

Quibus igitur ex rebus id agi intelligemus, ubi de eo nihil verbis expressum est?
5 Tribus his † ex rebus: ex verbo mutui quo utitur is qui dicit se mutuo dare; ex rebus quæ mutuo dantur; ex affectu et more hominum beneficia in alios conferentium. Ex verbo mutui: quia verbum id significat, quod ita a me tuum factum est ut vicissim quod tuum est, fieri debeat non meum tantum, sed meum illud quod a me accepisti; quod fieri non potest, nisi ita redditor, ut et genere et bonitate idem præstet. Ex rebus quæ mutuo dantur; quia sunt ejusmodi, quæ in suo genere solutæ, præstent tantumdem; quod non alia de caussa quæsitum est, quam ut his reddendis hoc ipsum tantumdem præstaretur creditori; id autem non fit, nisi eadem bonitate restituta. Ex affectu et more hominum hoc idem vel maxime perspicitur; quia in officiis conferendis, ita omnes animo affecti esse solent ut, dum aliis prosunt, nolint officium suum sibi esse damnosum: hæc hominum consuetudo in interpretatione voluntatis contrahentium maxime spectanda et sequenda est, *L. si libertus ita, infr. de op. lib.* Recte igitur et vere dictum est, in mutuo intelligi id agi, ut eadem bonitate reddatur. Quod si ita est (et verum est) in contrahendo, quod agitur, tam esse servandum quam si de eo aperte convenisset; conficitur id quod Pomponius primo loco posuit, mutuum quod datum est, non solum ejusdem generis, sed etiam eadem bonitate reddi debere propter conventionem. Sed quoniam prius dixit rem *ejusdem generis* reddi debere, quæri potest cur adjiciat, *eadem bonitate* seu non deteriorem debere reddi. Quid enim? dicet aliquis. potest res aliqua quæ ex eodem genere sit, reddi deterior? potest; veluti, inquit, si vinum novum reddatur pro vetere; de quo exemplo nonnihil dicetur ad extremum. Hac sententia constituta, mutuum quod dedimus, non solum ejusdem generis, sed etiam æque bonum
6 reddi debere; † non intempestive quæsitum est hoc loco de rei mutuo datæ æstimatione, an, quemadmodum in mutuo rem quæ ex eodem genere sit, eadem bonitate reddi oportet, ita reddi oporteat eadem æstimatione qua datum est, non minore. Quod quidem ejusdem rationis esse videtur; nam, si tum, cum de bonitate agitur, res reddi debet sine damno creditoris; consentaneum videri potest idem quoque et tunc statui debere, cum agitur de rei æstimatione. Hoc amplius, hæc ipsa rei æstimatio videri possit pars esse ejus bonitatis quam hic spectari, et quam eamdem reddi debere diximus. Sed hoc in vino et similibus mercibus mutuo datis non placuit, ut intelligere licet ex *L. vinum, infr. eod.* Nam, cum illic ita constituitur, si de vini mutuo dati æstimatione quæratur, illius temporis æstimationem faciendam quo vinum ex conventione solvi debet; aut, nullo die constituto, ejus temporis quo lis contestata est; satis aperte declaratur cæterorum omnium temporum æstimationem non esse spectandam, certe quidem omnium confessione, non eorum quæ moram debitoris antecesserunt. in quibus præcipue est id tempus quo mutuum datum est. Cui sententiæ consequens est quod et de imminuta vini æstimatione, et item de aucta hic sequamur. Propone ergo hoc modo: Duo dolia vini data sunt mutuo, cum valebant quinquaginta aureis; repetuntur aut redduntur, cum valent tantum viginti: quæro an debitor ea æstimatione reddendo liberetur. Dicimus liberari, dum vinum reddat ejusdem generis et eadem bonitate, si aut sua die reddat, aut nullo adjecto die, reddat ante litem contestatam, quia æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat. Propone e converso: Duo dolia vini optimi Campani mutuo data sunt, cum valebant viginti; redduntur aut petuntur eo tempore quo valent quadraginta: quæro an debitor debeat ea æstimatione reddere quæ nunc est. Dicimus debere, ut nihilominus tantumdem et eadem bonitate debeat solvere. Quorum utrumque recte constituitur. Consideremus enim in mutuo quid debeatur, ex eo et quid solvi oporteat; et cujus rei solutione debitor liberetur facile intelligemus. Et constat, vino mutuo dato, venire in obligationem non æstimationem vini, sed vinum ipsum; nempe ut reddatur tantumdem ejusdem generis et eadem bonitate, *L. 2. supr. Inst. quib. mo. re cont. ob. in pr.* Reddat igitur debitor vinum isto modo; consequens erit dicere eum ita solvendo liberari, contempta omni præteriti temporis æstimatione, quantumvis multo major fuerit cum mutuum dabatur, quam nunc est cum redditur; quia scilicet solvit quod debuit, et regula juris hoc efficit, solutione ejus quod debetur tolli obligationem, *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Rursum, non reddat debitor vinum eadem mensura aut eadem bonitate qua datum est, quia forte longe nunc majore sit æstimatione cum redditur, et nolit majore reddere quam acceperit. Dicemus eum non liberari, quantacumque sit præsens æstimatio, quia vinum

debuerit eadem mensura qua datum est, non vini dati æstimationem; unde et necessitate ejus quod debuit solvendi obstringatur, ut est definitio obligationis, *Inst. de obl.* Quæ, etsi certa juris ratione constant, non desunt tamen quæ dicantur adversus priorem illam partem, qua volumus licere debitori vinum quod mutuo acceperit, minore æstimatione reddere quam tum fuit cum datum est, si vini æstimatio imminuta fuerit; quæ paucis diluemus. Ac primum objicitur hic locus, in quo de mutuo eadem bonitate reddendo cavetur.

Si æstimatio rei bonitas est, aperte et hic de eadem æstimatione reddenda præcipitur: si non est, tamen videtur ejusdem rationis esse ut, si eadem bonitate res reddi debet, debeat reddi et eadem æstimatione; dici enim potest eamdem bonitatem ideo exigi, ne creditor aliquid damni ex mutuo sentiat. Si valet hæc ratio in rei bonitate, valeat et in æstimatione, in qua non minus damni futurum est creditori, si res minore æstimatione reddatur, *L. illud, supr. ad leg. Aq.*

7 Dicendum est, † neque æstimationem rei mutuo datæ, in parte bonitatis numerandam esse, neque ut ipsa reddatur, eadem ratione contineri. Bonitas cujusque rei in re ipsa est, nec accersitur aliunde, sed inest naturaliter in re quaque; ideo nec hominum opinione aut æstimatione mutatur. Rei æstimatio extra rem, hominum judiciis et arbitrio constans, non natura; et quidem ita extra rem, ut nec æstimatio ex bonitate pendeat; alioqui diceremus, quæ vina eadem bonitate essent, eadem quoque æstimatione semper esse; quod longe aliter accidit, nam quod vinum æque bonum hodie pluris est, cras erit minoris, et contra. Augetur et minuitur istarum rerum æstimatio ex ipsarum copia aut inopia, non bonitate rei efficitur. Bonitas rei certa est, et quamdiu res integra, est, non variatur. Æstimatio rei etiam in eadem bonitate rei est incerta, et per singula fera momenta variabilis. Non igitur æstimatio rei bonitas rei est, aut ullam partem bonitatis continet. Sed nec cum de his reddendis agitur, recte ista inter se comparantur. Eadem bonitate reddi debet quod datum est, non ne aliquo afficiatur incommodo creditor, alioqui quodcumque damnum passus esset quia mutuum dedit, id ei præstandum esset; sed quia actum est ut redderetur quidem sine incommodo, hactenus tamen, ut redderetur solum quod datum est, non amplius; unde et bonitas rei conventione hac continetur, quia cum insit in re, etiam una cum re accepta est; non continetur æstimatio, quia hæc cum nulla ratione cum re conjungatur, non est accepta.

Occurrit præterea rei æquitas certis regulis juris confirmata; nam hoc quidem plusquam æquum esse constat, nemini olli eum suum esse damnosum, *L. si servus, §. quod vero, infr. de fur.* Perspicuum est autem damnu affici creditorem, si vinum quod vendere potuit quadraginta aureis, cogatur recipere tunc cum, si velit, non possit vendere nisi dimidio minoris; et tamen aut vendere cogatur, aut vinum amittere, quia futurum sit ut corrumpatur. Quare, aut vinum eadem æstimatione reddi, aut damnum imminutæ æstimationis illi præstari æquum est. Et negari non potest, non sine damno creditoris interdum contingere ut, imminuta vini æstimatione, id reddatur. Sed non † ideo iniquum, qua æstimatione nunc est cum redditur, ea æstimatione præstari, nec quidquam præterea; hac enim lege mutuum datum est, ut debitor idem in genere redderet; dum eadem mensura et bonitate, non ut redderet æstimationem; æquum est hanc conventionem illi servari, quod et edicto de pactis efficitur, *L. 1. L. juris gentium, §. ait prætor, supr. de pact.* Idque eo est æquius, quod, si cravisset vini æstimatio, nihilominus debitor eadem mensura et bonitate vinum reddere deberet. Non debet creditor moleste ferre incommodum minutæ æstimationis, ad quem auctæ commodum pertinet. Quinimo, secundum naturam est incommoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur commoda, et contra; et ita in emptione ex hac regula servatur, *L. 2. §. sicuti, infr. de her. vel ac. ven. § cum autem, Inst. de em. et ven. L. secundum, infr. de reg. jur.* Non obstat quod dicitur iniquum esse, damnosum esse cuiquam officium suum; hoc enim de invito dictum est, et eo cui damnosum esse velimus, præterquam quod ipse admittat; cæterum, volenti et consentienti nulla dubitatio est, quin possit esse damnosum: licet enim unicuique de re sua statuere ut velit et quovis modo, ac maxime paciscendo deteriorem conditionem suam constituere, *L. pactum, supr. de pact.* idque fit sine injuria et fraude cujusquam, cum non intelliguntur fraudari qui consentiunt, *L. nemo videtur, infr. de reg. jur.* Quid, quod creditori licuit etiam totum donare? Atqui ita est mutuum, ut qui dat, velit rei datæ usu carere, quam in alium conferat; id agat etiam ut qui accepit, non eamdem æstimationem quandoque reddat, sed rem ejusdem generis et bonitatis, ut ita reddendo liberetur, *Inst. quib. mo. re cont. obl.* Nihil minus igitur quam iniquum, 8

hoc ita adversus consentientem servari, etsi ex ea re aliquod ei esset incommodum. Rursum, dici potest hoc ipsum, non reddere mutuum eadem æstimatione qua acceperis, alia ratione esse iniquum. Natura hoc æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem: *L. nam hoc, infr. de con. ind.* At debitor, duobus doliis acceptis quæ valebant quinquaginta, ad eam usque summam locupletior factus est; sive enim id vinum tum vendidit, tantum pretium est consecutus; sive non vendidit, tamen, quia emere coactus esset et tantam pecuniam in eam emptionem impendere hoc ipso hactenus locupletior est, quod non est pauperior factus, *L. in pupillo, ver. plane, infr. de sol.* Iniquum igitur illum, mutuo accepto, hactenus locupletiorem fieri cum damno creditoris: quod fiet, si creditor ea æstimatione carebit quam, si vinum non dedisset, potuisset consequi aut vendendo, aut aliud tanti non emendo; proinde et hanc æstimationem videtur debitor illi præstare debere. Hic duplex defensio est; primum, non videri jacturam aut damnum pati eum qui volens id faciat, *L. quod quis, d. L. nemo videtur, infr. de reg. jur.* id autem in mutuo contingere creditori qui sponte rem suam a se abdicet, ejusque usum et commodum in alium transferat, contentus idem genus postea recipere: deinde, quod diximus de illa sententia, nulli debere officium suum esse damnosum, hoc idem valere in hac etiam: æquum esse neminem cum alterius jactura fieri locupletiorem, nempe et hanc ita debere accipi, si quis locupletior fiat cum jactura alterius inviti, non volentis. Quin enim possit quisque tantum liberalitatis in alium conferre quantum velit, non dubitatur, ut satis declaratur argumento donationis, *L. 1, infr. de do. Inst. eod.*; nec vero quidquam magis naturale existimatur quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi, *§. per traditionem, Inst. de r. div.* Summa ergo hæc erit, in vino, frumento, oleo et similibus mercibus, cum quid ex his mutuum datum est, nihil amplius deberi quam tantumdem ejusdem generis et bonitatis; æstimationem cum bonitate nihil commune habere; hinc fieri ut ejusdem generis vinum, aut oleum, et eadem mensura reddi debeat, quamvis quod redditur sit majore æstimatione quam tum cum acceptum est; et contra debitor tantum reddendo liberetur, quamvis sit æstimatione minore; ut breviter dicendum sit, in his rebus mutuo datis, et auctæ æstimationis commodum et imminutæ incommodum ad creditorem, non debitorem pertinere, quamdiu hæ sua die reddentur, aut sine die, ante litem contestatam. Sed hæc, inquam, de vino dicta sunt et similibus mercibus quæ, scilicet naturali bonitate constant, ut oleo, frumento.

Diversa caussa est † pecuniæ numeratæ. 9
non quod, et hæc mutuo data, non debeat reddi res ejusdem generis et ejusdem bonitatis, ut in cæteris omnibus in quibus mutuum consistit, alioqui definitio hujus loci falsa sit: sed quia in pecunia numerata non debet idem genus accipi quod in cæteris rebus, multoque minus eadem bonitas; ut propterea jus in illis supra expositum hic sequi non possimus. In cæteris rebus res a sua æstimatione ita differt, ut nihil sit magis contrarium; differunt enim ut inter se relata, quorum unum numquam potest esse alterum; eo fit, ut res in illis reddenda sit quæ mutuo data est, quamvis nunc multo sit pluris quam tum fuit; et quamvis eviluerit, tamen, cum res sola fuerit in obligatione, debitor rem solam solvendo liberetur, nec necesse habeat addere quod deest præcedentis temporis æstimationi, quam non debuit. Sed et bonitas rei quæ in vino et similibus mercibus inest naturaliter, nihil commune habet cum harum rerum æstimatione quæ extra rem est; proficisciturque magis ex earum copia aut inopia, quam ex bonitate, ut supra diximus: ut consequens sit, dum res mutuo data, reddatur eadem bonitate qua data est, non esse necesse eam reddere eadem æstimatione; et in summa, nihil ad rem pertinere præcedentem rei æstimationem, ut vel hanc debitor cogatur præstare, vel hanc ultro solvens liberetur. In pecunia numerata et nummis longe aliter res habet. Pecuniæ numeratæ vis omnis et bonitas, substantia adeo ipsa, est in ea æstimatione quæ cuique nummo certa nota percusso, publice est indita nec quidquam est nummus, nisi id quod publice valet, et quo æstimatur; consistit enim non natura, sed hominum instituto et æstimatione. Horum utrumque eleganter demonstrat Paulus in *L. 1. infr. de contrah. empt.*; constare quidem nummum hominum æstimatione declarat his verbis: *electa est*, inquit, *materia, cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret:* substantiam autem nummi esse in quantitate et ejus æstimatione docet his verbis quæ sequuntur: *eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia præbet quam ex quantitate.* Exempli gratia, aureus solaris gallicus, cum æstimatur 58 assibus Turonensibus, ut est loquendi mos in Gallia.

non est orbiculus ille aureus certa nota constans, qui cernitur et tractatur manibus, sed sunt 55 asses Turonenses quibus æ timatur, quæque potestas est illi edicto principis attributa: et recte; est enim unaquæque res id quo consistit, seu quo fit ut sit id quod est, et quo sublato, esse desinat quod est. Aureus autem ad hoc publice institutus ut certum quantitatem reddat præstetque in rerum permutationibus, consistit hac æstimatione habetque ab ea ut sit id quod est, ac detracta æstimatione, non sit amplius nummus, nec a massa infecta ejusdem ponderis quidquam differat. Itaque nummi substantia non est in materia aut figura nummi, sed in æstimatione, quæ tamen materia et figura seu nota certa publice imposita indicatur. Multo magis nummi bonitas consistit in hac ipsa æstimatione; nihil enim amplius boni seu utilitatis habet nummus, qua nummus est, quam quod tanti valet, tantumque efficit in permutandis et ¹parandis rebus. Quæ si ita sunt, qui certos nummos accepit mutuos, non tam materiam illam et corpus signatum, quam æstimationem ejus corporis accepisse intelligitur, idest eam quantitatem qua illud corpus quavis moneta minore æstimatur; nec intelligitur accepisse alia bonitate quam ea quæ illa ipsa æstimatione continetur. Secundum hoc, et quid, pecunia accepta, reddi possit aut debeat et qua æstimatione reddi, judicetur; sit autem res in his quæstionibus exposita.

Ac primum de re quæ reddi possit quæro. Aurei nummi solares Gallici centum
10 mutuo dati sunt. Liceatne pro † his aliam pecuniam, seu pecuniam in aliam formam reddere? Dicemus licere; et generaliter, eum qui pecuniam cujuscumque modi accepit, aliam quamlibet ejusdem quantitatis recte reddere si velit, atque eo modo liberari; usque adeo, ut pro aureis nummis recte reddat non solum argenteos, sed etiam æreos, dummodo reddat ad eamdem quantitatem, probos et locabiles, nempe quia reddit quod accepit; acceperat enim eam quantitatem qua aurei æstimabantur, et reddit eadem bonitate, quia eadem æstimatione: in hac autem bonitas nummi sita est. Etsi autem et definitio superior pecuniæ, et definitioni ratio quam initio posuimus, satis hanc sententiam comprobet; tamen, ne qua sit dubitatio aut de re aut de ipsa definitione, operæ pretium erit et sententiam hanc totam certis ac manifestis juris locis demonstrare. Videri ergo pecuniam eamdem esse quæ ex pecuniæ genere sit, etsi sit alia atque alia forma, dummodo sit ejusdem quantitatis seu æstimationis, declaratur aperte in *L. quæ extrinsecus, infr. de ver. obl.* in ea parte, ubi is qui stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondet, dicitur obligari: hinc enim intelligitur idem respondisse eum qui ejusdem quantitatis aureos quamvis monetam alterius materiæ et notæ, respondet; nam aliud si respondisset, stipulatio esset inutilis. *§. præterea, Inst. de inut. stip.* Nec ad rem pertinet quod qui aureos respondet, videtur amplius aliquid et melius respondisse; non enim sufficit melius respondisse, nisi idem respondeas, ut responsio congruat interrogationi *L. 1. §. si stipulanti, L. inter, §. si stipulante, infr. de verb. obl.* Ut autem stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondendo, videatur quis idem respondisse, non aliter fit quam si denarii sint ea quantitas qua aurei æstimantur, et aurei item ea quantitas qua similiter denarii æstimantur; ut sic concurrente utrinque eadem quantitate, intelligatur eadem res in interrogatione et responsione versari. Quominus autem dubitemus, etiam pro aureis nummis. li cere argenteos aut æreos, dummodo locabiles et ejusdem æstimationis, reddere, facit *L. Titiæ amicæ, infr. de au. et arg. leg.*, ubi, auri pondo quinque legatis, respondetur, aut aurum de quo quæritur præstari oportere, aut pretium auri quanti comparari potest. In qua electione, certi juris est fieri potestatem heredi pretium præstandi; est enim in hac disjunctione omni electio debituris utrum præstet. *L. 3. §. Scævola, infr. de eo quod cer. loc. L. plerumque, §. ult. inf. de jur. do.*; proinde et hic in potestate heredis quamvis pecuniam præstare, qua aurum possit comparari. Si, pro auro infecto, pecunia quævis signata præstari potest ad eam quantitatem qua aurum æstimetur; multo magis potest pro pecunia aurea debita, cujus multo certior est æstimatio quam auri infecti Quid quærimus amplius? exstat in *L. Paulus respondit*, alias *L. debitorem, 99. infr. de solut.* hæc definitio; *Paulus respondit creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ea re damnum aliquod passurus sit.* Quo responso contraria definitio hæc exprimitur, si creditor ea ex re nullum damnum passurus sit, liberum esse debituri, nummis certis acceptis, reddere alios cujusvis alius formæ, et creditorem cogendum oblatos accipere Quod nam autem hic creditoris damnum esse possit, nummis alia forma datis, videamus. Non utique in eo, si argentei aut ærei nummi dentur pro aureis, dum qui dantur, publica æstimatione eamdem quantitatem atque eam-

dem usum in rerum permutationibus præstent, ut supra probavimus; sed, si summa mutui sit magna, et minuta moneta reddita, nimium oneretur creditor; aut si peregre, profecturo vel peregre transportaturo reddetur exiguæ quantitatis moneta quæ ad gestationem creditori sit gravis et onerosa, ut sine sumptu eam ferre non possit. Idem dixeris, si reddatur ea moneta quæ a proficiscente non possit collocari in iis locis, in quos cogitat eam deferre. Nunc quæ contra dici possunt, expendamus. Et nimirum hic nobis objicitur illud, aliud pro alio invito creditore solvi non posse, *L. 2. §. 1. supr. eod.*, quo significatur, in cæteris rebus eamdem speciem solvi debere, in mutuo idem genus, idest rem ejusdem generis: unde videtur effici, nummis aureis mutuo datis, nummos itidem aureos et ejusdem notæ reddi debere: rem nimirum ejusdem generis. Recte hoc concluderetur, si nummis aureis mutuo datis, nihil hic aliud mutuo datum intelligeremus quam materiam et notam nummorum: sic enim fieret ut, quæcumque alia materia aut nota redderetur, intelligeretur reddi res alius generis. Nunc autem effectum est, quidquid datur, non materiam aut formam dari videri, sed nummorum æstimationem. Proinde, qui hanc æstimationem reddit in quavis alia moneta, reddit quod accepit, certe idem genus non aliud, et regulæ juris satisfacit. Objicitur et illud quod de bonitate hic scriptum est, ex quo hæc collectio sumitur: Mutuum eadem bonitate reddi debet qua datum est, idque ad res omnes pertinet, ut hic traditur. Non reddit autem eadem bonitate, qui pro auro reddit argentum, aut pro argento æs; nemo enim ignorat aurum præstare argento multis partibus, et argentum æri: non igitur licet pro auro argentum, pro argento æs reddere. Hoc argumentum eos fallit qui in nummis materiam spectant, non æstimationem, ut fit in auro et argento adhuc infecto. Sed jam dixi, et verum est, in moneta omni non materiam esse spectandam, sed æstimationem et eum usum ad quem præstandum moneta cujuscumque notæ publice constituta est. Certe non nunc materiam nummorum spectare oportet, cum de eorum bonitate agitur: hæc enim solida in eorum æstimatione posita est eum ad eam rem unam parati sint, et ad hanc unam sint utiles, ut eam quantitatem præstent quæ illis publice est indita. Quapropter, qui, aureis nummis acceptis, alios reddit ejusdem quantitatis, non solum reddit rem ejusdem generis, quia quantitatem et ipse prius accepisse intelligebatur; sed etiam rem maxime ejusdem bonitatis, utpote eamdem illam utilitatem præstantem quæ accepta fuerat. Quæ si recte dicuntur cum pro nummis aureis redditur alia quævis moneta in qua nihil sit auri, dummodo sit ejusdem quantitatis; multo citius idem dixerimus, si nummi aurei ex optimo auro cusi mutuo dati sint: deinde, cum placuisset principi cudi eos auro non æque puro, eadem tamen æstimatione et nota, hi redditi fuerint: ubique enim satis est reddi nummos ejusdem quantitatis, ut idem videaris reddere. Pecunia certæ notæ mutuo data, quid reddi possit ex omni alio genere monetæ dictum est. Jam quæro qua æstimatione vel aliæ monetæ reddi possint et debeant, vel eædem quæ datæ erant; utrum ea qua nunc æstimatur moneta cum redditur, an ea quæ fuit cum mutuum datum est. Quod ut distincte explicari possit, sive pecuniæ mutuo datæ æstimatio aucta sit, sive imminuta, primum propone hoc modo.

Centum aurei mutuo dati sunt, cum aureus valebat 50 asses; deinde redduntur, cum aureus valet 56: quæro an debitor debeat 11
aureum reddere aut æstimationem ejus, habita præsentis æstimationis ratione, an ejus quæ initio fuit cum dabatur. Consequens est superioribus, reddere eum debere ea æstimatione quæ initio fuit; sive quia id solum reddi debet quod datum est, hæc autem æstimatio potius videtur data; sive quia satis est mutuum eadem bonitate reddi qua datum, est nummi autem bonitas posita est in hac ipsa æstimatione: nec fit hoc casu creditori injuria, si in singulos aureos 50 tantum asses accipit, quos in singulos tantum dederat. Dices: si aucta hoc modo aureorum æstimatione ut diximus, centum aurei mutuo dati redduntur ea æstimatione qua dati sunt, non præsente; non redduntur centum aurei integri, quoniam de singulis detrahuntur quinque asses; at debet reddi tantumdem. Respondeo, nihilominus reddi centum aureos integros; et quamvis quis concesserit eos non reddi, tamen non eo minus reddi tantumdem. Non redduntur centum aurei qui nunc sunt, sed redduntur centum aurei qui fuerunt, cum accepti sunt; tot enim assibus tum æstimabantur, non pluribus: hoc autem ad solutionem mutui satis. Tum autem, aureis mutuo datis, ipsa aureorum æstimatio data est, ut diximus, non corpus nummorum: ita qui æstimationem eamdem reddit, aperte reddit tantumdem. Obstat tamen hic *L. eum certum, infr. de aur. et arg. leg.* ubi ita scriptum est: *eum certum auri vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit sed genus, ut fit in mutuo*, puta

si quinqua legata sint, *non materiam, sed pretium præsentis temporis præstari* debere: *præsentis*, idest ejus quo aurum præstandum est. Et aliud jus legatum, aliud mutuum postulat. In legato nihil ante profectum est a legatario, cujus æstimationem spectari liceat, ut hanc sequamur; at in mutuo profecta est prius pecunia a creditore, cujus ad pecuniæ æstimationem omnino referri oportet, ut, pro natura mutui, recipiat creditor quod dedit.

Quæro e converso: aureus hodie minoris est, quam tum cum mutuo datus est: an præsente æstimatione reddere satis est, an
12 vero † reddi oportet ea æstimatione quæ initio fuit, ut, si quid illi æstimationi deest, a debitore suppleatur. Et hoc quoque consequens est superioribus, reddi pecuniam debere ea æstimatione quæ olim fuit, non ea quæ nunc est, quippe illa non hæc accepta est: quo fit ut, nisi debitor illam reddat, aut non intelligatur tantumdem, aut non eadem bonitate reddere; quorum utrumque pugnat cum regulis mutui. Ita in summa, in nummis hoc evenit, ut, quoniam eorum æstimatio in mutui obligationem venire intelligitur, iden ad hanc solam mutui solutio referatur, ut nec auctam esse nummorum æstimationem quidquam creditori prosit ut hanc recipere debeat, nec noceat ei esse imminutam quominus accipiat nummos ea æstimatione qua dedit. Hæc de pecunia mutuo data, jam olim ante annos quindecim publice docuimus Biturigibus in hujus loci enarratione, neque id semel: quæ recognoscentes et parantes mandare literis, reperimus idem disputasse et sensisse Fran. Hotomanum nostrum in *lib. Illustr. quæst. c.* 15. cujus in hac re eruditæ rationes ad hujus sententiæ confirmationem non parum momenti afferunt. Illud superioribus adjiciendum est, si in pecunia mutuo data æstimatin ipsa pecuniæ data videtur, consequens esse et hanc illius temporis æstimationem perpetuo spectandam, quia semper ea quantitas certa et eadem futura sit; proinde nec distinctionem *L. vinum, infr.* ad pecuniam numeratam pertinere; de qua illic dicendum est.

VELUTI VINUM NOVUM PRO VETERE) Non licet, inquit, debitori deteriorem rem quæ ex eodem genere sit, reddere; quod fit, si vinum novum reddat pro vetere.

Non satis perite definitum hoc sit. † si 13
generaliter et pro conditione omnis vini novi scriptum accipimus; cum constet multis in locis vina nova, idest hujus anni (sic enim novum distinguitur a vetere in *L. vetus, infr. de trit. vi. ol. leg.*), veteribus trium aut quatuor annorum præstare. Sed animadverti debet scripsisse hoc hominem Romanum, nempe ex more sui temporis et Romanorum, apud quos vere et perite dictum est præstantiora esse vetera novis, quod et Plautus *in Asinaria* usurpavit, id quod valet in vinis, ad veteres comœdias transferens; siquidem Romani vina sua ita parabant ad ætatem ferendam, ut primo valde austera exprimerent, sic deinde diligenter condita et asservata, sensim mitescerent tempore, fierentque cum meliora, tum gustu suaviora. Id cum similiter non observetur in omnibus regionibus, atque adeo natura loci non ubique id ferat; ex usu cujusque regionis æstimandum erit utrum vinum vetus præstet novo, an contra novum veteri, arg. *L. legatis, in fi. infr. de legat.* 3. In universum autem ita recte definietur, vinum vetustius, si defæcatum erit et aptum ad usum, melius esse novo nondum defæcato et ad usum apto.

Ad L. *Si quis.* 4.

Ulpian. Lib. 34. *ad Sabin.*

Si quis nec caussam nec propositum fœnerandi habuerit; et tu empturus prædia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequam emisses, suscipere; atque ita creditor (qui necessitatem forte proficiscendi habebat) deposuerit apud te hanc eamdem pecuniam ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses; hoc depositum periculo ejus est qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.

SUMMARIUM.

1. *Periculo debitoris esse pecuniam quæ nondum mutua facta sit, quid sit.*

Sive pecunia apud aliquem deposita est ut ea pro commodo suo tamquam mutua uteretur, sive est alia species deposita ut eam depositarius venderet si videretur, et pretio uteretur mutui nomine: si id, postulante eo qui accepit, factum est cum is qui deponebat, nec caussam nec propositum deponendi aut fœnerandi haberet, sed tantum petenti gratificari vellet; hic traditur, hoc depositum periculo esse ejus qui suscepit.

1 Quod habet ✝ hanc sententiam: quocumque modo res perierit, etiam sine dolo et culpa accipientis, puta fortuito casu: rem ei perire qui suscepit; sic enim hujus verbi significatio est in usu juris, cum periculum alicujus esse dicitur in re aliqua, seu res ei perire, ut innumeris locis testatum est, ex quibus hi sufficient, *L. si gratuitum*, §. 1. §. *Papinianus*, §. *pen. infr. de præs. ver. L. eum qui*, §. 1. *infr. com. L. lectos, et L. quod si neque, infr. de per. et com. rei ven. L.* 1. *C. com. L. pignus, C. de pig. act.* Sed ex hac interpretatione incidit sententia in difficultatem, et vero non videtur secundum regulas juris admitti posse. Apparet enim in proposita specie non esse mutuum; ut quis forte dicat, quia mutuum contractum sit, ideo hic periculum esse accipientis ut fit in mutuo, §. *item is, Inst. quib. mo. re con. obl.* Sic enim verba sunt, ut proponatur tantum pecunia deposita, nec eo conventio progrediatur ut etiam transferatur res in accipientem, sine quo non est mutuum. Et, quamvis accipienti fiat potestas rei in mutuum convertendæ, si velit; tamen hæc ipsa conventio evidenter declarat, quamdiu pecuniam in mutuum non convertit, depositum manere. Tum autem diserte hic depositum nominatur. Depositi autem, et omnium contractuum in quibus res aliena in accipientem non transfertur, hæc lex est communis, ut numquam qui accepit, re casu fortuito amissa, teneatur, ubi de eo in re contrahenda nihil nominatim convenerit, *L. quæ fortuitis, C. de pig. act. L. contractus, in fin. infr. de reg. jur.* Nec ad rem pertinet quod, in proposito, res deposita est solius depositarii caussa; nam in commodato solius commodatarii gratia et utilitas vertitur, neque ideo tamen casum fortuitum in eo quisquam præstat, sed tantum dolum et culpam. *L. si ut certo*, §. *commodatum, infr. com.* Idcirco, repudiata Joannis sententia, omnibus fere hujus loci interpretibus superior interpretatio displicuit, qui regulam contractuum et legem aliorum locorum seruti, sic rem periculo accipientis in specie proposita esse interpretantur; ut periculum hic complectatur non tantum dolum et culpam levem, sed etiam omnem culpam quamvis levissimam, non tamen et casum fortuitum; ut pereat quidem illi res, quamvis vel levissima ejus culpa perierit,

non tamen si perierit casu cui obsisti non potuit. Sed verbum periculi, et perpetuus usus juris auctorum refragatur, de quo supra ostendi. Quod ad rem attinet, ipsa hæc sententia, in ipsissima specie quæ hic proponitur, aperte refellitur in *L. rogasti, infr. eod.*, ubi traditur, re ita deposita ut hic deposita est, idest ea gratia solum, ut qui accepit venderet et nummis uteretur, rem perire accipienti, etsi sine culpa ejus prius quam venderet perierit. Ergo, etsi perierit sine culpa ejus levissima; nam et levissima culpa, culpa est. *L. si putator, L. in lege. 44. supr. ad leg. Aq.* Quapropter, quod verba ex usu certo et perpetuo juris significant, id hoc quoque loco sequemur, ut quod dicitur, depositum in proposita specie periculo ejus esse qui suscipit, sic interpretemur ut, quamvis res perierit casu, sine dolo et ulla culpa accipientis, tamen res ei pereat, idest detrimentum ejus sit, nec secus teneatur quam si res adhuc exstaret. Neque id cum vulgo interpretum tunc solum recipiemus, cum pecunia nec clausa nec obsignata adnumeratur accipienti; quo casu, placet eum qui accipit, pecuniæ dominum fieri et tantumdem debere, *L. in nave*, vers. *idem juris, infr. loc.*, sed et tunc (de quo maxime hoc loco agitur) cum pecunia ut species certa deposita est, veluti, cum inclusa est sacculo aut cista, et sacculus aut cista est deposita; nam, etsi species certa alia data sit vendenda, ut qui accepit uteretur pretio, comparatur tamen hoc loco hæc species priori, placetque in ea non minus speciem periculo ejus esse qui accepit; idemque scriptum est in *d. L. rogasti, infr. eod.* Nec vero quominus horum utrumque statuamus in re ita deposita ut proposuimus, metuemus generale illud: casus fortuitos nullo judicio præstari: quamvis minime dubium sit ex eo fuisse ambigendi caussam. Hanc enim definitionem certum est ad mutuum non pertinere, de quo ita scriptum est in *d. §. item is, Inst. quib.* mo. re con. obl. *et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, nihilominus obligatus remanet.* Si definitio ad mutuum non pertinet, consequens est, ne in hac quidem specie locum habere debuisse; non quia deposita sit res solius depositarii gratia, alioqui etiam in commodato idem diceremus; sed quia ita est deposita solius accipientis caussa, ut sit etiam mutui nomine, si ille pecunia uti vellet, quia ab initio mutuum rogaverat et cupiebat in hunc usum pecuniam paratam apud se habere, tametsi nollet eam statim esse mutuam. Quod pro mutuo hactenus habendum est, ut in eo depositarius mutui lege uti debeat; nam primum, etsi hic depositum est re vera, tamen præcipitur cujusque contractus initium spectandum et caussam, *L. si procuratorem, in pr. infr. man.* Fuit autem hic initium deponendi, quod mutuum rogabatur; deponendi caussa, ut esset pecunia accipienti mutua, cum ipsi commodum videretur; ut sit in hoc deposito initium et caussa mutui. Hoc igitur potius in hoc deposito spectare debemus. Deinde, si desideranti pecunia statim data esset mutuo, ejus periculum statim futurum esset, *d. §. item is, Inst. quib. mo. re con. obl.*; proinde, et nunc esse debebit, cum pecunia apud eum ita deposita est, ut postea pro suo commodo mutuam haberet. Quod enim creditor mutuum distulit, non sua gratia distulit, sed officii caussa, solum ut accipienti in eo gratificaretur: non debet autem ei hoc officium esse damnosum, *L. si servus, §. quod vero, infr. de fur.*; quare et hoc, quasi nec distulisset perinde habendum est. Sit igitur ex hoc loco hæc sententia de obligatione mutui constituta: ut in re mutuo data quæ casu amissa sit, accipientis periculum est, non dantis; sic et in ea esse debere, quæ deponator quidem ab initio, sed mutui nomine, idest ita ut vel ipsa, si pecunia est, vel pecunia inde confecta, pro arbitrio et commodo accipientis fieret ei mutua, si modo et desiderante eo, et solius ejus gratia ita sit apud eum deposita.

Ad §. *Res pignori data.*

Res pignori data, pecunia soluta, condici potest; fructus ex injusta caussa percepti, condicendi sunt; nam etsi colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat, ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt; nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio. Ea quæ vi fluminis importata sunt, condici possunt.

Quod in his caussis tribus quæ sequuntur, constanter dicitur rem ex his caussis debitam condici posse, huc spectat, ut inductione horum exemplorum statuatur in summa hæc sententia de certi condictione: Quidquid certum propria aliqua actione in personam peti potest, id et certi condictione peti posse; quæ definitio est propria *L. certi. infr. eod.* Dicitur tantum hoc loco, posse rem ex his caussis condici, neque adjicitur qua condictione. Sed cum locus in hunc titulum relatus sit, condictionem titulo convenientem, intelligere debemus. Agitur autem hic de condictione certi, ut inscriptio tituli indicat: hanc igitur accipiemus. Quod dixi, quidquid propria aliqua actione in personam peti potest, huc pertinet ut comprehendatur quidquid debetur quavis ex caussa, sive ex contractu debeatur, sive ex maleficio; quod et exempla hujus loci ostendunt: nam et utriusque speciei hic exempla sunt; ex contractu, veluti, si res pignori data sit; ex maleficio, veluti, si fructus ex injusta ca[illegible] percepti petantur: aut ea quæ de nostro [illegible] fluminis in alienum importata sunt: quæ sunt omnia, exempla hujus loci. Re pignori data, constat obligationem re contrahi, et hinc nasci pigneratitiam actionem ad pignus repetendum, pecunia soluta, aut si erit eo nomine creditori satisfactum. §. *ult. Inst. quib. mod. re cont. obl. L. si rem. §. omnis. infr. de pig. act.* Fructus percipiuntur ex injusta caussa, qui percipiuntur ex re aliena a malæ fidei possessore. Hi sunt domini prædii, non possessoris. *L. qui scit. infr. de usur.* Qui eos percipiendo contrectat, contrectando furtum facit, si scit rem esse alienam; nam furtum est contrectatio fraudulosa, *L. 1. in fin. infr. de fur.* Porro, et de re furtiva etiam propria actio est domino in personam, nempe condictio furtiva. §. *sic itaque. Inst. de act.* §. *ult. Instit. de obl. quæ ex mal. nas.* Hoc sentit Ulpianus, etiam hujusmodi res et certi condici posse. Quæ vis fluminis ex alieno prædio ablata, in alienum transtulit, hæc veteris domini manent. §. *præterea. Inst. de rer. divis. L. hoc amplius.* §. *1. infr. de dam. inf.* Ob eamdem caussam, ab eo qui ignorare non possit hæc esse vi fluminis importata, sine furto contrectari non possunt; unde et adversus eum eadem condictio furtiva. Quod si et de his propria est actio in personam, consequens est posse et ea certi condici. Ex his apparet, confirmari huc loco definitionem *L. certi. infr.* et exemplis declarari, ut plane locus ad eam definitionem referri debeat.

Ad L. *Quod te.* 5.

Pomponius *lib.* 22. *ad Sabinum.*

Quod te mihi dare oportet, si id postea perierit quam per te factum erit quo minus id mihi dares; tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quæritur an per te factum sit, animadverti debebit, non solum (si) in potestate tua fuerit id necne, aut dolo malo feceris quo minus esset vel fuerit necne; sed etiam si aliqua justa caussa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

S U M M A R I A.

1. *Interitu rei debitæ quando debitor liberetur.*
2. *Fieri, seu stare per debitorem quominus det, quid sit, et quibus modis id contingat.*
3. *Mora quid?*
4. *Moram ex re fieri aut ex persona, quid?* et num. 6.
5. *Interpellatio ad moram, in obligationibus in diem et in delictis, non necessaria.*
6. L. mora, D. de usur. *exposita.*
7. *Mora ex re fit singulari jure, quando?*
8. *Justæ recusandi caussæ, ad moram imponendam, quatuor.*
9. L. nulla, de reg. jur. *exposita.*

Cum de condictione certi hæc definitio sit: Quidquid quavis ex caussa debetur et peti potest, condictione certi peti posse, *L. certi. infr. eod.*, pertinet omnino ad hanc definitionem, intelligi an quod semel deberi cœpit, etiam tunc pergat deberi cum perierit: an vero debitor eo interitu liberetur, ut efficiatur illic id peti posse condictione certi, hic nequaquam. Est autem illius definitionis tractatio hujus tituli propria. Quapropter, nihil fit ab hoc titulo alienum, si superius illud de interitu rei debitæ in eo explicetur; quod hic factum est.

Placet vero debitorem eo interitu interdum non liberari, interdum liberari: si quidem perierit res † postquam per debitorem
1 factum est quominus daret, teneri eum nihilominus: si ante, liberari. Sententia eadem quæ et *L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Utrobique auctor idem Pomponius. Itaque, cum sit hic locus ibi a me expositus, hic ero brevior, ac summa tantum capita hujus quæstionis attingam, tantum ne hujus ipsius loci qui proponitur, ratio penitus ignoretur.

2 Per debitorem † fieri quominus det, et quod idem est, per debitorem stare quominus det (qua forma loquendi Pomponius utitur in *d. L. si ex legati*), valet idem quod debitoris culpa fieri quominus det. Quod enim hic, et in *d. L. si ex legati* dicitur: si per debitorem factum sit, steterit, quominus daret, ejus detrimentum esse, et semper eum teneri; id ipsum est quod aliis verbis constituerunt veteres, nempe his: culpa perpetuat obligationem, *L. si servum, §. sequitur. infr. de ver. ob.* Per debitorem stare intelligitur, seu culpa ejus fieri quominus det, duobus modis. Aut enim rem occidit ipse, vel quoquo modo facit quo res vel ex rebus humanis, vel ex hominum commerciis eximatur: aut in re præstanda moram facit: quorum utrumque aliis quidem verbis, re tamen ipsa et sententia, complexa est *d. L. si ex legati.* Prior culpæ species hic omissa est; mora solum ex parte attingitur.

Mora significat † omnem dilationem. Sed 3
in usu juris, moræ verbo eam intelligimus quæ est injusta, quia qui juste differt, non videtur differre, *L. sciendum, infr. de usur.*, ut mora recte definiatur injusta dilatio in eo præstando, quod quis præstare debeat. Quod si injusta, etiam cum culpa et vitio debitoris conjuncta; ut non abs re mora ejus culpæ pars esse dicatur, quæ perpetuet obligationem; nam hanc hujus culpæ partem esse et dici certum est *d. L. si servum, §. sequitur, L. cum, filiusfam. infr. de ver. ob. L. is qui. infr. de obl. et act.*, Idque esse

interpretor, quod in *L. mora, infr. de usur.* dicitur moram fieri non ex re, sed ex persona. Est enim hic sensus, moram fieri non ex eo quod res non solvitur, sed ex vitio personæ; idest, si sit in persona differentis quod illi possit imputari cur differat præstationem, ut in dilatione culpa sit, ac proinde in debitore mora: ita fit, si interpellatus debitor, cum nulla justa esset differendi caussa, non solvit.

5 Interpellari † debitorem placet, quasi nulla sit culpa non dedisse ei ad quem ea res non pertinet, ubi is non desideret, *L. mora, infr. de usur. L. si ex legati, infr. de ver. ob. L. Titiæ textores, §. ult. infr. de legat.* 2. Quod tamen non est perpetuum; nam cum quid in diem debetur, ipso diei lapsu, citra aliam interpellationem, moram fieri convenit, *L. magnam, C. de con. et com. stip.* Neque tamen caret hæc species interpellatione; satis enim hic debitor interpellatur jam ab initio, cum creditor ei denuntiat se, eo die qui dictus est, sibi solvi velle; hoc enim denuntiare et desiderare ut fiat, interpellare est. Unde et hæc parte etiam species ad superiorem regulam de interpellatione pertinet. Sed ideo hic, obligatione contracta, non esse necessariam interpellationem dicimus, quia nova non est necessaria: quo sensu rursum non male hæc obligatio a regula eximatur. In obligationibus quoque puris, interdum non est necessaria interpellatio; quod in his receptum est quæ sunt ex maleficio. Si quis quid furto sustulit, eripuit, aut quoquo modo mala fide occupatum detinet injuria, is ex ipso tempore delicti non solum moram facere, sed etiam plus quam frustrator debitor possessorve esse intelligitur, *L. in re, §. pen. L. ult. infr. de cond. fur. L. 1. §. rectissime. L. pen. infr. unde vi, L. ult. C. de con. ob. tur. caus.*

6 Neque tamen ob has species, minus † verum est quod generaliter definitur in *L. mora, infr. de usur.*, moram fieri non ex re, idest ex ipso tempore tardæ solutionis, ut interpretatur *L. in minorem, C. in quib. caus. in integ. rest. nec. non est.* Sed ex persona, idest ut volumus, ex vitio et culpa personæ; nam in eo qui in diem debuit, manifesta culpa est, si jam ab initio monitus quo die solvere deberet, se ad eum diem non comparavit, nec fecit quod promisit. In eo autem qui ex maleficio, aut alias mala fide rem tenet, ea culpa est cur non reddat, ut ulla in specie dilatio sit magis reprehendenda, cum eam rem sciat se invito domino retinere, seque eam ab initio ne contrectare quidem debuisse, *d. L. ult. infr. de cond. fur.* Dicitur tamen etiam hic mora in rem fieri in *L. ult. C. de cond. ob tur. caus.*, non quia non fiat ex persona maxime ubi manifestissimum est delictum personæ in differenda restitutione; sed quia fiat ex re quoque, hac ratione quod fiat sine ulla omnino interpellatione; quod cum accidit, dicitur mora in re fieri, *d. L. in minorum, C. in quib. caus. in int. res.* Sic autem definitio *L. mora, de usur.* accipienda est, ut mora fieri intelligatur non ex re, idest non ex re solum, ubi nulla in debitore culpa sit quod rem non solvit: sed si ita non solvat, ut sit etiam vitium in persona cur id non faciat; sive id ex ipso tardæ solutionis tempore contingat, ut fit interdum, sive non nisi ex interpellatione. Illud saltem fortasse huic speciei contrarium esse videbitur, quod in *d. L. mora*, ita scriptum est, moram fieri ex persona, : adjicitur, *idest si interpellatus opportuno loco non solverit.* Et esset contrarium, si hoc pro generali definitione acciperemus, quasi ita dictum esset, moram ita fieri ex persona, si quis interpellatus non solverit. Sed hæc verba, *id est*, exempli caussa accipienda sunt pro *veluti*, vel *ut puta*, ut sit sensus, moram fieri ex persona, *ut puta, si interpellatus opportuno loco non solverit.* ut in L. juris gentium, *§. pactorum, supr. de pact.*, Ulpianus ait pacta quædam esse in personam, eaque esse *quoties paciscor ne a persona petam; idest ne a Lucio Titio petam;* quod significat, *ut puta, seu veluti ne a Titio petam.*; neque enim intelligit, tunc solum esse in personam, cum paciscor ne petam a Lucio Titio; cum liceat cuivis creditori pacisci ne a debitore suo petat, sive is erit Lucius Titius, sive alius; et cujuscumque persona nominatim comprehensa sit ne ab eo solum petatur, nihil intersit, ut pactum sit personale. Sed hoc dicit generaliter esse in personam, cum paciscor ne ab aliquo petam, veluti nominatim ne a Titio. Quod si in *d. L. mora, de usur.* hæc verba *id est* eodem modo non accipimus, non tantum definitio in eo falsa erit, quod generaliter ad moram exigat interpellationem, quæ non semper est necessaria; sed etiam in eo, quod statuat omnem qui interpellatus opportuno loco non solvit, moram facere; cum multæ sint caussæ cur qui ita interpellatus sit, moram non faciat; de quibus paulo post: exempli gratia, si cætera recte se habeant, sed non sit debitor interpellatus opportuno tempore, *L. qui decem, infr. de sol.* Postremo, quod interpel-

latio ad moram certis in caussis exigitur, aut in *d. L. mora, de usur.* aut in *d. L. si ex legati, de verb. obl.* aut alibi. ex jure
7 communi dictum accipiendum est. † Caeterum. et jure singulari fit interdum mora sine interpellatione atque adeo non ullo modo ex persona seu vitio aliquo personae, sed ex re, seu in re, aut in rem; tot enim modis eadem res exprimitur a juris auctoribus, *d. L. mora, de usur. d. L. in minorum, C. in quib. cau. in int. re. nec. non est, L. sed etsi, in fin. infr. de usur.*, cum hoc significatur, ut dixi, quod explicatius dictum est in *d. L. in minorum*, moram fieri ex ipso tempore tardae solutionis, id est hoc ipso quod res a debitore non solvitur, quamvis a nullo sit interpellatus. Quod genus morae, singulari jure, utilitatis caussa receptum est: alias favore creditoris, quod minoribus tributum est, *d. L. in minorum, L. 1. §. ult. infr. de usur.*, alias favore rei debitae. quod consultum est in fideicommissariis libertatibus, *L. cum vero. §. apparet, infr. de fid. lib.*; nonnunquam aequitate rei ita cogente. quia necesse sit debitorem pro interpellato haberi, nisi velimus ejus absentiam creditori ad interpellandum parato nocere: idque jus in omnibus caussis et personis creditorum receptum est, *d. L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Atque haec de interpellatione, quibus in caussis ea ad moram necessaria sit, in quibus non sit necessaria; sed quibuscumque in caussis ea desiderabitur ad moram, aut aliquid erit quod sit pro interpellatione, non continuo qui interpellatus est vel habetur pro interpellato, is si non solvit, in culpa esse, eoque et moram facere intelligitur. Is moram non facit, qui interpellatus, justam caussam habet solutionis differendae. *d. L. sciendum, infr. de usur.*, quae pars est quae praecipue a Pomponio hoc loco attingitur in illis verbis *sed cum quaeritur*; proponit enim quasdam caussas hujus generis, sed non omnes.

8 Omnino justae † recusandi caussae debitori, quamvis interpellato, sunt quatuor. Aut enim non sic debet, ut petitur: aut non intelligit se debere, neque id culpa ejus accidit: aut rem in potestate sine ullo dolo suo non habet; aut sciens se dare oportere, et rem in potestate habens. petit sibi spatium dari ad eas res adhibendas, quibus non adhibitis pecunia ab eo soluta, non satis illi eo nomine cautum sit. Ex quibus secunda et tertia sunt hujus loci, reliquae aliunde accersendae. Quod petitur ante diem, aut alio loco quam quo ex conventione dari oportuit, juste et sine mora recusatur, quia non hoc loco debetur, *L. mora, infr. de usur. L. cum filiusfa. §. ult. infr. de verb. obl.* Qui summo jure debet, et aliqua exceptione tutus est, eadem de caussa interpellatus, si non solvat, moram non facit, quia jure praetorio non debet. † Hoc est quod regula juris traditur, nullam moram ibi intelligi, ubi nulla petitio est. *L. nulla infr. de reg. jur.*; nulla petitio, idest nulla actio, nullum jus judicio petendi, vel ipso jure, vel propter exceptionem, ut declarat *L. si pupillus, infr. de verb. obl. L. lecta, ver. dicebam. infr. eod.* Sed etsi quis vere debeat, tamen nulla culpa in recusante est, eoque nulla mora, si ideo non praestat quod petitur, quia justa de caussa ignorat se debere; quod hic traditur. Idque ita est, sive ei ex conditione personae suae haec ignorantia nascatur, ut quia sit heres qui justam ignorantiae caussam habet, *L. qui in jus, infr. de reg. jur.*; sive nascatur ei ex persona petentis, quem aut creditoris heredem, aut procuratorem esse ignorat, *L. si quis inficiatus. infr. depos.* Ubi sine interpellatione moram fieri receptum est, etiam adversus ignorantem debitorem mora fit; ut si ad diem sub poena pecunia promissa sit, etiam ante diem mortuo promissore, poena commmittitur, etiam si nullus sit heres, nedum si ignoret pecuniam promissam. *L. ad diem, infr. de verb. oblig.* Proinde, quod hanc ignorantiam dicimus justam esse caussam recusandi, ad eos qui interpellari debent, solum pertinet. Nihil ad rem pertinet aliquid deberi, et debiturem scire se id dare oportere, si, cum interpellatur non habet rem in potestate; quod hic scriptum est: neque enim quidquam imputari potest ei qui, etiam si velit, non possit rem praestare; nisi tamen dolo fecerit quominus rem in potestate haberet, ut ibidem adjicitur; nam hic ex regula juris, in eadem caussa cum possidente habetur, *L. parem, infr. de reg. jur.* Scriptum quidem est in *L. continuus, §. illud, infr. de ver. obl.*, non esse inspiciendum in debitore, an is rei debitae dandae facultatem habeat, necne. Sed hoc tunc locum habet, cum quaeritur an propterea debitor non teneatur, cesseique interim obligatio. Recte dicitur non facere hoc impedimentum ut liberetur debitor; at ne intelligatur in mora esse, facit; quod hic constituitur, et recte. Non enim si in debitore nulla culpa est cur non solvat, ideo obligatione liberatur; quod contra fit in mora quae sine culpa nulla est. Sed et haec pars ad eos qui interpellari debent, pertinet; nam, si quis est qui debeat in diem, nisi se ad eum diem comparat ut dare possit, in culpa est, eo-

que et omnimodo moram facit, *d. L. ad diem. infr. de ver. obl. L. magnam. C. de con. et com. stip.* Idem in furibus et raptoribus ac similibus possessoribus, multo magis dicendum est. Quamquam hi si rem in potestate habere desinant; ad restituendum alia ratione tenentur, quia scilicet dolo fecerunt quominus restituerent, hoc ipso quod rem abstulerunt, aut cum possent et deberent sine interpellatione, non restituerunt. Quod reliquum est, quantumvis debitor recte interpellatus, sciat debitum a se peti, et quod petitur, in potestate habeat; tamen nihil culpa facit, si testes ad solutionem adhiberi velit, si adhiberi fidejussores qui moneantur ne postea solvant, et interim solutionem sine dolo malo differat, *d. L. sciendum, infr. de sol.*: ut enim creditori consuli æquum est, quo consequatur suum; ita debet, pecunia soluta, debitori cautum esse ne iterum eo nomine conveniatur. His breviter de eo per quem fit, seu in quo culpa est quominus fiet, ut pro loco expositis, redeo ad definitionem propositam. Est autem hæc: Sive interitus caussam dederit debitor, sive post moram ejus res debita perierit, ipsius detrimentum esse; detrimentum ideo, quia nihilominus perinde tenetur perpetuo ac si res exstarent, *L. nemo, §. ult. L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. obl.* Hoc loco oritur quæstio, etiamne hic teneatur debitor, quamvis natura sua et fato res perierit. De eo scripsimus ad *L. si ex legati, de ver. obl.* Quod si ante res periit, quam iis modis quos dixi, per debitorem fieret quominus daret; significatur hic quod et in *d. L. si ex legati* expressum est, tum plane debitorem liberari. Quod qua ratione constituatur, et quam verum sit, quaque ad res pertineat, quoniam illic ubi maxime dicendi locus est scripsimus, ideo lectorem ad ejus loci explicationem rejiciemus, unde et cætera ad totum hunc locum pertinentia peti poterunt.

Ad L. *Certum est.* 6.

Paulus *lib.* 38. *ad Edictum.*

Certum est, cujus species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur. Nam et Pædius lib. 1. de stipulationibus, nihil referre ait proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur; quatenus mutua vice res funguntur, quæ tantundem præstent.

SUMMARIA.

1. *Genus, species, quantitas quid?*
2. *Certum in genere, specie, quantitate quid?*
3. *Quantitas et certa, et incerta res dicitur diversis rationibus.*
4. *Demonstratio vice nominis, et quando.*

Proposita est edicto certi condictio sub conditione *si certum petetur*, ut dicetur ad *L. certi, infr.* Hinc *certum* quid sit quæritur. Definitur hic esse id *cujus species vel quantitas qualis, quantaque sit ostenditur.* Non dixit Paulus, *cujus genus*; consulto, quia semper genus quod non est in quantitate, est incertum, *L. ubi, in pr. infr. de verb. oblig.*

1 Sic autem juris auctoribus hæc † distinguuntur. Species dicitur corpus certum et definitum, distinctum ab aliis numero, ut Stichus, Pamphilus, fundus Tusculanus. Genus, res quæ uno nomine res plures continet vel genere ipso, vel numero differentes, ut animal, homo, equus, bos, fundus, ut indicant *L. in stipulationibus, infr. de ver. obl. L. plane, 1. §. sed si non, infr. de leg. 1. L. 2. in pr. supr. eod.* Quantitas et ipsa generis nomen est, sed quo significantur eæ res quæ pondere, numero, mensurave constant. Quantitatem genus esse hic declaratur, cum a specie quantitas distinguitur. Et vero genus esse consequens est, si hoc verbo significantur eæ res quas diximus; hæ enim ex mu-

tuo debentur: in mutuo autem debetur genus, *L.* 2. *supr. eod.* Significari autem hoc verbo res pondere, numero aut mensura constantes, ex eo intelligimus, quod hic non distinguitur solum quantitas a specie (quod si solum fieret, posset hoc nomine intelligi omne genus; id quod rei definitæ adversatur), sed ita distinguitur, ut significetur etiam hoc verbo res certa. Genus omne incertum, *L. ubi, infr. de ver. obl.*, præterquam si sit res quæ pondere, numero, mensurave constet, *L. stipulationum quædam, infr. de verb. oblig.* Pecuniam quidem numeratam, quantitatem dici sæpe legimus, ut *L. cum alter, infr. de comp. L.* 3. *§. plane, infr. de cont. et ut. ac. tut. L. Mœchis, §. ult. infr. de jur. fis.* nusquam autem aperte, quod nunc occurrat, res cæteras quæ constant pondere aut mensura. Sed si pecunia quantitas est quia constat numero, id est hac quantitate; etiam eas quæ quantitate ponderis aut mensura constant, quantitatem dici ejusdem rationis est.

2 De certitudine istarum rerum sic ✝ habendum est: Genus, ut dixi, quod in quantitate non consistat, semper incertum, *d. L. ubi;* propterea quod, genere promisso, licet debitori quam velit speciem ex eo genere solvere, *§. præterea, Inst. de action.*, quam antem det, incertum; ac quamcumque dederit, ea sic differt ab aliis ejusdem generis, ut non differat tantum numero, sed etiam æstimatione et qualitate. Species certa est, sed tunc, ut hic definitur, cum *qualis quantaque sit ostenditur.* Quod tunc fit, cum aut ostenditur species una aliqua certo loco comprehensa, aut plures quidem certæ et ipsæ et distinctæ, sed conjunctim. Quod si disjunctim plures demonstratæ sint, res quæ in obligationem venit est incerta, quoniam quæ potius præstanda sit, in incerto est, propter electionem quæ in hac disjunctione debitori tribuitur, *L. ubi, §. qui illud, infr. de ver. obl. §. huic autem, Inst. de act.* Sed et quantitas potest esse certa, ut est definitio hujus loci; sed eadem illa conditione nimirum, *si qualis quantaque sit ostendatur.* Primum, quantitate certi generis expressa, puta pecunia numerata, auro, vino, ostendi oportet qualis sit hæc quantitas, idest quales res hujus generis. Qualitas pecuniæ sita est in nota et æstimatione cujusque monetæ: hæc autem ex nomine cuique monetæ indito intelligitur. Cæterarum rerum, ut frumenti, vini, olei et similium, qualitas est earum rerum bonitas: hæc quoniam variatur regionibus, ac sæpe in iisdem locis aliæ res sunt meliores aliis, ideo sic earum bonitas certo ostenditur, si demonstretur regio ubi hæ res nascuntur, et adjicitur bonitas quæ summum gradum in eo genere obtineat: ut quis ita exprimat, triticum Africum optimum: vinum Campanum optimum: nam qui vinum tantum dixerit, reliquerit rem incertam, quia bono melius est: hæc ex *L. stipulationum quædam, et L. ubi, seq. in pr. infr. de verb. ob.* Quæ tamen sic accipienda sunt, nisi bonitas istarum rerum non ita expressa, ad certæ speciei bonitatem referatur; ut si quis diceret vinum eadem bonitate qua est hoc in specie quod tibi demonstro: quod fit in mutuo, ubi res reddi debet eadem bonitate qua datum est. Id vero ad certitudinem bonitatis rei reddendæ satis, propterea quod res quæ mutuo data est, in specie data est, quæ species certam bonitatem habuit: ut hic quodammodo videatur magis speciei bonitas exprimi, quam generis: nos de bonitate generis, quæ non nisi ex genere æstimetur, loquimur. Præter qualitatem quantitatis, etiam ad hujus certitudinem adjici oportet quanta sit quantitas; sic enim Paulus hic loquitur. In quo nihil aliud exigi intelligendum est, quam ut de numero, aut pondere, aut mensura istarum rerum, exprimatur quantum sit in singulis; ut quis dicat, exempli gratia, aureos decem; tritici modios centum; vini Campani amphoras sex: quæ sunt exempla *d. L. stipulationum quædam.* Certa ergo quantitas est ex definitione hujus loci, et *d. L. stipulationum*, decem aurei, tritici Africi optimi modii centum, et similia. Atqui hujusmodi quantitas omnis quæ in obligationem venit, res incerta esse dicitur in *L. in ratione. §. verum, juncto. §. incertæ, infr. ad leg. Falc.* sed et generaliter exprimitur; unde et in mutuo dicitur deberi genus, *L.* 2. *supr. eod.* Est autem in aliis rebus genus incertum, ut, hoc promisso, sit etiam obligatio incerta, veluti si quis hominem promittat generaliter. *L. ubi in pr. inf. de ver. ob.* Cur non ergo, et decem aureis generaliter promissis, idem dicamus?

Res ita habet: Quantitas omnis, quamvis ita designata ut supra diximus, si generaliter promittitur ut decem aurei, et incerta res recte dicitur et certa, diversis rationibus. 3
Loco incerta est, quia decem aurei generaliter promissi, nullo certo loco continentur; promittuntur enim omnes qui ubique sunt, non hi qui sunt debitoris, aut hujus, vel illius. Ideo debitor, etiam rebus omnibus amissis, ære alieno non liberatur, *L. incendium, C. si cert. pet.*, quia non potest dici ideo omnes eos periisse qui promissi erant. At utilitate præstationis, et effectu quem in petitione et solutione spectare debemus, decem aurei, om-

nisque quantitas ita designata ut diximus, tam res certa est, quam si corpus certum decem aureorum esset promissum, et hoc solveretur. Etsi enim, decem aureis generaliter promissis, liberum est debitori eligere quam speciem det ex eo genere, numero ab aliis distinctam; tamen, quæcumque soluta erit, bonitate est eadem eum aliis omnibus; idem enim valet, at præstat tantumdem, *L.* 2. §. 1. *supr. eod.* Quod quoniam non accidit in cæteris rebus quæ pondere, numero aut mensura non constant; si hæ generaliter in obligationem deducantur, ideo in his genus plane est incertum. Finge hominem generaliter promissum: non solum incertum est quem det promissor, cujus est electio quem velit dandi, sed etiam solutionis utilitas incerta; quemcumque enim dederit, non potest quin, non solum numero, sed etiam bonitate, aut constitutione vel animi vel corporis multum distet a cæteris.

Hæc quæ dixi ostendi debere ut res certa sit, sic ostendi Paulus subjicit, ut nihil referat quomodo † id fiat, utrumne nomen exprimendo, ut si promittatur Stichus an rem digito indicando, ut si promittatur hic Stichus qui adest; an vero vocabulis quibusdam et quavis demonstratione, ut si promittatur servus tuus sutor; equus tuus Hispanicus, cum unum Hispaniscum haberes; fundum quem a Titio emisti; quæ demonstrationes vice nominis funguntur: hinc nominatim appellari dicta, quæ ita demonstrantur, *L. nominatim, infr. de leg.* 3. *L. nominatim, infr. de eand. et dem.* Ratio reddita in §. *si quidem in nomine, Inst. de leg.* Sed de certitudine et incertudine rerum in obligationem deductarum, itemque obligationis omnis, plura ut in loco, eaque in hoc genere cognitu necessaria scripsimus ad *d. L. stipulationum quædam et seq. infr. de ver. ob.*, unde cætera, si quæ in hac quæstione requirantur, sumi possunt. Tantum de certitudine hic diximus, quantum ad definitionem hujus loci explicandam necesse esse videbatur. Illud notandum est quod hic dicitur in extremo, nihil referre utrum res proprio suo nomine appelletur, an ostendatur alia demonstratione, quia et hæc vice nominis fungatur et tantumdem præstet, tum recte dici, cum de re designanda et demonstranda agitur, ut fit hoc loco. Cæterum, in onere et commodo personæ exprimendo utrum fiat, interdum multum interest; nam, si heredes jussi sint aliquid dare, aut si aliquid legetur jubeaturve præstari heredibus, refert utrum sub appellatione propriorum nominum id fiat, an sub appellatione heredum. Si propriis nominibus appellati sunt, partes viriles, id est æque singulis adscriptæ intelliguntur; si heredum verbo, intelliguntur partes hereditariæ, *L. si heredes.* 124. *infr. de legat.* 1. Eademque distinctio servatur, cum stipulatur quid servus communis dominis suis, quos vel nomine proprio, vel dominorum appellat, *L. si communis servus*, 37. *infr. de stip. ser.* Quæ distinctio in onere et commodo personarum hanc rationem habet, quod propria nomina numerum personarum designant; heredis, domini et similia, conditionem et jus personæ. Consentaneum est, numero personarum expresso, pro numero item personarum rem dividi; jure autem expresso, etiam pro eo jure fieri divisionem.

Ad L. Omnia. 7.

Ulpianus *Lib.* 26. *ad Edictum.*

Omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, et ideo et conditiones.

SUMMARIUM.

1. *Diem et conditionem recte adjici mutui obligationi, et quare.*

Dicitur mutuum re contrahi, *Instit. quib. mo. re con. ob. in pr.* Id eam significationem habere forsitan quis existimaverit, quasi non contrahatur consensu, aut quasi consensus et conventio in mutuo nihil valeat. Quod si admiserimus, dicendum erit, neque diem neque conditionem mutui obligationi adjici posse; valet enim ista ex consensu solum et conventione.

1 Inde quæsitum an hæc † mutuo inseri possint. De eo ne quis dubitet, hic traditur inseri posse, itidem scilicet ut possunt stipu-

lationibus, de quibus est in §. *omnis, Inst. de ob.*; quo exemplo ad hujus rei confirmationem recte Ulpianus utitur. Ut enim contrahitur mutuum consensu, sic nec contrahitur stipulatio, sed verbis; quam ob caussam, ab iis contractibus qui consensu perficiuntur, non minus distinguitur quam mutuum, §. *ult. Inst. de ob. Inst. de ver. ob. in pr.* Recipit tamen stipulatio diem et conditionem; recipiet igitur et mutuum, quoniam utrumque pariter est contractus. Vera autem ratio cur et stipulatio et mutuum diem et conditionem recipiant, est hæc, quod ambo sunt contractus, §. *ult. Inst. de ob.* Sic enim fit ut constent etiam consensu, *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.*; tantum abest ut in his consensus sit inutilis. Consensu in his admisso, consequens est et in his admitti diem et conditionem, quoniam hæc adjecta servantur propter consensum; nam quod dicitur mutuum re contrahi, non significat mutuum sola re contrahi sine consensu, sed non contrahi solo consensu; verum tunc cum ad consensum rei traditio accesserit, ut diximus ad *L.* 2. *supr.*

Ad L. *Proinde* 8.

Pompon *lib. Sesto ex Plautio.*

Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur, veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si conditio aliqua extiterit, tui fiant, sisque mihi obligatus. Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluerit ad se pertinere, quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam Julia ait, et traditiones ab herede factas, ad id tempus redigi quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum, aut appositum.

S U M M A R I A.

1. *Mutui datio interdum pendet atque eventu confirmatur; ac quibus in caussis id accidat.*

2. *Confirmati mutui conditio cum extitit, ex quo tempore mutuum contrahi intelligatur.*

Hoc recepto, conditiones mutuo inseri posse, quod *L. proxima* definitum est; recte hinc infertur, proinde et mutui † dationem pendere posse; scilicet quia et conditionem possit accipere, qua fiat ut, quamvis pecunia mutuo tradita sit, non tantum statim contrahatur mutuum, sed ex post facto et eventu confirmetur. Id ex exemplis hoc loco subjectis contingere intelligimus, partim ex conditione aperte mutuo adjecta, partim ex jure ejus qui pecuniam dedit; ex quo et mutuo injicitur conditio, sed tacita. Ex conditione aperta, ut si dem, inquit Pomponius, idest tradam tibi mutuos nummos ut tui fiant, sisque mihi obligatus, si fundum Tusculanum emeris. Hic pendet mutuum ex eventu hujus conditionis, quoniam et interim pendet dominii pecuniæ translatio; nam ante, contra quam consensum est, dominium non transfertur, *L. in omnibus rebus, infr. de obl. et act.*, neque porro ante quam id transferatur, contrahitur mutuum, in quo de meo tuum fieri oportet. *L.* 2. §. *appellata, supr. eod.* Postquam autem conditio extitit, hic demum, dominio ex conventione translato, simul eadem conventione mutuum confirmatur. Ex jure dantis et tacita conditione pendet mutuum, cum an creditor dominus sit rei datæ necne, pendet ex eventu; quod accidit in pecunia certa legata quam heres mutuo dederit. Hæc enim conditio est rei legatæ, ut, prius quam legatarius legatum repudiaverit aut agnoverit, ignoretur uter sit dominus, heresne an legatarius; propterea quod, si legatarius quandoque legatum agnoscat, videatur jam a principio ex die aditæ hereditatis legatum ejus fuisse; sin repudiaverit, intelligatur contra, jam a principio res fuisse heredis, nec unquam ab eo recessisse, *L. servum filii*, 44. §. 1. *L. si tibi homo*, 86. §. *cum servus*, *infr. de legat.* 1. *L. legatum*, 80. *infr. de legat.* 2.

Finge ergo pecuniam legatam esse, ut hic proponitur (ubi certam legatam intelligere debemus, puta quæ sit in illa arca; non enim diei possit heres pecuniam legatam dedisse, nisi illud ipsum corpus legatum sit quod datum est; quod fit, cum illud unum et certo est designatum): si heres, adita hereditate, nondum tamen agnito aut repudiato legato, eam pecuniam mutuo dederit, an interim mutuum sit necne, statuere non possumus; sed rogati, hæc solum respondere, pendere id ex legatarii voluntate velut tacita conditione; ut si legatum agnoscet, nullum omnino mutuum sit, ne ab initio quidem, quia dominium pecuniæ in accipientem translatum non fuerit; quod nisi fit, mutuum non contrahitur: sin autem repudiabit, contra eveniat ut jam a principio pecunia credita fuisse intelligatur, quia conditio tacita exstiterit, sub qua mutuum contractum fuerat.

In quo tamen, quid hic Pomponius interesse velit † in mutuo confirmando, inter
9 hujus conditionis tacitæ eventum et eventum expressæ, diligenter animadvertendum est; nam, legatario legatum repudiante, et conditione mutui hoc modo quasi assistente, non inde primum mutuum confirmatur, sed retroversus ex die hereditatis aditæ; ad quod tempus traditiones ab herede factæ rediguntur, cum repudiatum est legatum aut agnitum, ut hic in extremo scriptum est. Dissimiliter atque cum mutuum sub conditione nominatim datum est; ex quo genere si conditio exsistat, contrahetur quidem mutuum, sed ita ut, cum ex eo solum tempore res accipientis esse incipiat, exinde quoque solum is qui accepit sit obligatus, ut Pomponius in priore exemplo loquitur. Neque hæc inter se contraria sunt: quæ enim conditio nominatim adjicitur, quam veram conditionem intelligimus, hæc in futurum concepta est, quæ ob id rem differt in id tempus cum exsistet. §. *sub. conditione*, *Inst. de verb. obl.* Cum autem heres rem legatam dat mutuo, dat ille quidem tacite secundum verba, sub hac conditione si legatarius legatum repudiaverit, nam aliter non fit mutua: sed hæc conditio potestate juris in hanc resolvitur, si heres jam tum sit dominus pecuniæ, cum pecuniam dabat; quandoquidem, legatario postea repudiante, semper heres retroversus dominus fuisse intelligitur. Porro certi juris est conditiones, in præsens tempus conceptas, non differre obligationem, etiam si eventus apud nos sit incertus, *L. cum ad præsens, infr. eod. conditiones, Inst. de verb. obl.*

CUM REPUDIATUM SIT LEGATUM VEL APPOSITUM) Hoc *appositum* nemo, est vel mediocriter eruditus, qui non mendose scriptum esse intelligat, ubi aut agnitum diei debuit, aut acquisitum; neque enim dicimus legatum apponere pro agnoscere vel acquirere. In lectione autem emendanda quid sequi debeamus, scriptura Pandectarum Florentinarum facile et velut digito ostendit. In his enim scriptum legimus *agositum*, quod declarat legendum fuisse acquisitum, quoniam orthographia alii verbo convenire non potuit. Quod, et nondum editis Pan. Flor., Duareno visum est.

Ad L. *Certi* 9.

Ulpianus *lib.* 26. *ad Edictum.*

Certi condictio competit ex omni caussa, et ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio. Cæterum, si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.

S U M M A R I A.

1. *Capita disputationis Ulpiani hoc loco.*
2. *Condictio certi qua ex caussa?*
3. *Caussa et obligatio cur sic conjuncta? et quomodo accipienda.*
4. *Certi condictio generalis est; specialis nulla.*
5. *Certum non significat mutuum in certi condictione, sed rem certam.*
6. *Ex caussa agendi propria, non statim actionis proprium nomen et speciale.*
7. *Condictionis certi verbo, dari hoc edicto novam actionem quæ hoc nomine vocetur; non actionem in personam de re certa.*
8. *Condictionis certi proponendæ ratio.*
9. *Condictionis certi commoditas et potestas.*
10. *Condictio certi, propria actione cum qua concurrit, sæpe mitior; numquam autem gravior, plus ve continet.*
11. *Condictione certi certum petitur, non incertum; eoque nec id quod interest.*
12. *Condictione certi res omnes certæ peti possunt.*
13. *Ad condictionem certi, sufficit rem certam esse cum petitur, etsi ex contractu incerto.*
14. *Fructuum stipulatio exemplo est, quæ est ab initio incerta; ex ea tamen fructus nati petuntur certi condictione.*
15. *Fructuum stipulatio fit certa, natis fructibus; ut, diversis temporibus, eadem recte dicatur incerta et certa.*
16. L. 4. D. de usur. *explicata.*
17. *Incertus contractus hoc loco non is qui nullo nomine appelletur.*
18. *Id quod interest, incertum.*
19. *Condictio certi, non nisi ex præsente obligatione; et cui bono id moneri.*
20. *Ante diem nulla actio nata ipso jure.*
21. *Incerti condictio nulla proposita edicto, quæ quidem sit certa actio, et quæ hoc nomine vocetur, ut certi condictio.*
22. *Condictio certi cur edicto proposita? incerti nulla.*

Interpretans Ulpianus edictum prætoris de certi condictione, (est enim hic locus scriptus ad edictum, tractatio tota de certi condictione) explicat fusius quod edicto de ea brevius comprehensum erat.

Tractatio in his ✠ locis versatur: primum enim docet quando competat hæc condictio, seu quæ res huic condictioni locum faciant; tum de personis, quibus et adversus quos competat; tertio loco, quod initio definierat
1 competere hanc condictionem ex omni caussa ex qua certum petitur, id, propositis variis generibus caussarum maxime dubiis, in universum verum esse confirmat; primum *in principio*; secundum in §. 1.; tertium in §. *quoniam*, et *deinceps*, quorum de unoquoque suis locis dicetur. Principio ergo, ut dixi, declarat quando hæc condictio competat, idque ipsum complectitur definitione. Ea in summa nos docet, tria esse, quæ conjuncta, huic conditioni locum faciant: caussam agendi; rem quæ petitur; et petendi tempus. Caussam esse, non certam aliquam, unam aut plures, sed generaliter omnem ex qua quidem obligatio et petitio nascatur. Rem hujus condictionis propriam, esse rem certam, quæ tunc certa sit cum petitur. Tempus petendi esse cum dies obligationis venerit, non cum erit obligatio in diem aut sub conditione. Sed quid de his sciat, ordine diligentius considerandum est. Est enim prope in singulis quod dubitetur, non solum

quid de his definiat, sed etiam quam recte. Quæ dubitatio omnis sic recte explicabitur, si distincte unaquæque ad sua capita unde oritur, referatur. Hæc explicatio, per occasionem primi capitis, etiam hoc afferet, ut (quod vulgo hic quæsitum est et omissum ab Ulpiano) commode et in loco intelligatur quæ sit hæc actio, quotuplex sit, quem usum quamque vim et potestatem habeat, ut operæ pretium fuerit eam proponi.

2 De caussa ita scribit Ulpianus: *competit certi* † *condictio ex omni caussa, ex omni obligatione ex qua certum petitur.* Hæc verba *ex omni caussa, ex omni obligatione.* vel ut in aliis exemplaribus legitur, *et ex omni obligatione*, quomodo accipimus? Si pro conjunctis, verum quidem erit condictionem hanc competere ex omni obligatione ex qua certum petitur; at illud, competere eam ex omni caussa ex qua certum petitur, falsum est; nam et in actione in rem, certum petitur, *L. si in rem. sup. de rei vind.*, et petitur ex caussa, nempe dominii, *L. actionum. inf. de v. r. ob. et act.*, neque tamen ex hac caussa ulla condictio competit; toto enim genere distant actio in rem et condictio, idest actio in personam, et vero aperte traditum est, neminem rem suam condicere posse præterquam a fure, *§. 1. et §. sic itaque. et seq. Inst. de act.* Rursum, pro disjunctis accipere ista non licet, quasi dictum esset competere certi condictionem ex omni caussa *vel* ex omni obligatione *ex qua certum petitur;* oratio enim disjunctiva, ex duobus disjunctim affirmatis, plus uno non exigit aut statuit, *L. si quis ita stipulatus, 129. infr. de ver. ob. §. pen. Inst. de her. inst.* Hic autem, qui statuit condictionem competere ex omni caussa, quocunque modo verbum *caussæ* acceperimus, idem alterum quoque necessario statuit, competere eam ex omni obligatione, cum ex caussis quibusdam certis nascantur obligationes. Quomodo ergo, inquam, hæc accipimus?

3 Res ostendit, neque † pro conjunctis, neque pro disjunctis debere accipi, sed ita ut verbis duæ sint orationes, re sit una; quia ita sint duæ, ut posterior aliud non exprimat, sed sit explicatio et temperamentum prioris. Ex omni caussa si solum dictum esset, erat generalius, et verendum erat ne quis verbo deceptus, ita interpretaretur, quasi ad rem nostram petendam etiam certi condictio competeret. Addidit ergo Ulpianus ex omni obligatione, declarationis caussa, ut sic locus accipi debeat quasi ita scripsisset, condictionem certi competere ex omni caussa, *idest* ex omni obligatione ex qua certum petitur: vel, ex omni caussa (hanc autem accipe) ex qua eadem sit obligatio ex qua certum petitur; neque enim aliunde nascitur condictio, idest actio in personam, quam ex obligatione, *§. 1. Inst. de act. L. actionum. de ob. et act.* Sed hoc modo poterat Ulpianus obligationis verbo contentus esse, ut solum diceret, condictionem certi competere ex omni obligatione ex qua certum petitur; hoc enim si fecisset, satis expressisset etiam de caussa; quoniam non possit intelligi obligatio sine justa aliqua caussa ex qua illa oriatur, *§. 1. Inst. de obl.* Cur ergo addidit *ex omni caussa*, quibus verbis definitio carere potuit? Si addidit non otiose, non alia ratio reddi potest, quam quod verbum *caussa* fuit in edicto quod interpretabatur; ut vel hinc conjectura sumi possit, ita edictum fuisse ut ad inscriptionem concepimus, *si certum petetur ex mutuo, aut si qua alia petendi caussa erit.* Quia ergo verbum *caussa* erat in edicto, consulto idem verbum retinuit: primum quidem, ne quid alienum videretur tradere a verbis edicti; sed multo magis ut edicti interpretationi serviens, quod ambigui erat in verbo *caussa* interpretaretur; quod fecit cum addidit *ex omni obligatione*, ut intelligeremus quod dixi, condictionem certi competere quidem ex omni caussa, ut prætor loquitur; sed caussam hic accipi debere eam ex qua obligatio nascitur; ex hac enim sola condictio competit. Neque iden male concepit edictum prætor, qui generaliter hanc condictionem pollicitus est, ex omni caussa ex qua certum petitur. Ex actione enim quam pollicetur, non difficile fuit intelligere, dicere eum caussam actioni convenientem. Porro condictio certi de qua agit, est actio in personam; nec potest, ut dixi, in personam actio aliunde esse quam ex obligatione. Sed tamen hæc sententia est prætoris, quæ aliunde quam ex verbo caussæ intelligitur: id quod non statim omnibus occurrit. Fuit interpretis, quod erat in eo obscurius, id interpretari. Summa hæc sit, competere certi condictionem ex omni quidem caussa, sed ea ex qua actio in personam natura sua nasci potest; proinde ex omni caussa ex qua obligatio, et inde petitio nascatur, ut initio de caussis definivi. Notandum, quod dicitur competere ex omni caussa et omni obligatione in universum. Hoc qui dicit, aperte nullam excipit; proinde, cum earum caussarum ex quibus obligatio nascitur, quatuor genera sint, contractus, quasi contractus, maleficia, quasi maleficia, *§. 1. Inst. de obl.;* dicendum est competere certi condictionem non ex contra-

ctibus tantum; sed etiam ex quasi contractibus, maleficiis, et quasi maleficiis: quod et verum est. De contractibus confirmatur in *L. 4. §. 1. supr. eod. L. in duobus, §. exceptio. infr. de jur.* De quasi contractibus confirmatur in caussa tutelæ et negotiorum gestorum in *d L. in duobus. §. exceptio.* In caussa legati in §. 1. *hac eod. L.* De maleficiis in caussa furti, et damni dati ex lege Aquilia, in *d. L. 1. §. 1. et ult. supr. et hac L. §. 1.* Quod si ex maleficiis hæc condictio competit, probandum est æque eam et ex quasi maleficiis competere, veluti de damno dato, ob id quod ex ædibus tuis aliquid dejectum effusumve est.

Sed, an de omni certi condictione superior definitio ÷ accipienda est, an vero quæ- 4
dam est certi condictio specialis quæ ex una tantum aliqua caussa competat, non etiam ex omnibus? Hoc nos cogit quærere error eorum qui certi condictionem duplicem faciunt, unam generalem quæ hic definitur, alteram specialem quam dicunt competere ex mutuo, de qua *Inst. quib. mod. re cont. obl. in pr.*, item ex stipulatione certa, de qua *Inst. de verb. obl. in pr.* Scripsit hoc Accursius ad inscriptionem hujus tituli, et Bartolus ad hunc locum multis verbis defendere conatur. Etsi autem in agendi facultate parum refert utrum certi condictio qua ad species aliquas utimur, generalis dicatur an specialis, ut videri possit inanis esse hac de re longior disputatio; tamen, quia hæc divisio ad reprehensionem hujus loci pertinet, falsas interpretationes variis locis affingit, et rebus non necessariis implicat lectores; ideo mihi error negligendus non videtur. Aperte vero ista distinctio hunc locum oppugnat, vel potius verbis hujus loci aperte refellitur. Etenim, si est aliqua certi condictio specialis, aut falsa est Ulpiani definitio aut stulta. Falsa, si nihil subaudimus, sed generaliter et absolute accipitur; cum speciales istæ quas dicunt, ex omni caussa non competant, ut vult definitio. Stulta, si aliquid supplemus, quo ea condictio quæ hic definitur, a specialibus istis distinguitur. Aut enim sic accipietur definitio quasi dictum esset: certi condictio quædam competit ex omni caussa; aut quasi ita: certi condictio generalis competit ex omni caussa. Quamdam condictionem si intelligimus inepta est definitio, vel potius nulla, utpote æque incerta ac si nihil dictum esset: quæremus enim amplius quænam sit ista *quædam*; de quo prius quam constiterit, ne illud quidem constabit, an sit ulla quæ ex omni caussa competat. Generalem si adjicimus, jam fit plane definitio nugatoria quæ idem per idem explicet. Quæ est enim condictio generalis, nisi quæ ex omni caussa generaliter competit? et quæ ex omni caussa competit, nisi generalis? Quorum ut nihil dici posset: tamen ad sententiam scriptoris et ad generalitatem orationis retinendam, satis est dici, nihil istorum adjecisse Ulpianum; proinde nec adjicere voluisse, nec da his sensisse; quæ si ad rem ita pertinerent ut essent necessaria, numquam bonus et prudens scriptor in definitione seria et ex professo instituta prætermisisset; certe sine summo vitio et certa reprehensione non faceret. Denique, vetus est in legum interpretatione, et ab hoc ipso Ulpiano atque ab aliis juris auctoribus magno consensu usurpatum, quod generaliter et indefinite in legibus et veterum libris scriptum est, generaliter item et sine distinctione esse accipiendum; utpote scriptum a prudentibus et intelligentibus qui, si quid adjiciendum esset, intelligerent et quod faciendum esset, non omitterent. *l. metum autem. §. animadvertendum. supr. quod met. cau. L. item veniunt, § a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de public.*

Sed cur laboramus? neque enim prius concedendum est verbum *generalis* in definitione hujus loci, non dico subaudiendum esse, sed etiam admitti posse ad differentiam certi condictionis specialis, quam constiterit esse specialem aliquam, istam nimirum quam dicunt esse ex mutuo aut ex stipulatione. At unde esse probant? Ex eo quod de mutuo scriptum est *Inst. quib. mod. re contr. obl. in pr.*, ex mutuo nasci certi condictionem, nec quidquam adjicitur amplius; et quod de stipulatione certa idem traditur, *Inst. de verb. obl. in pr.* Nempe ergo ita colligunt: competit ex his certi condictio; ergo specialis. Pessime; certi enim condictio generis nomen est seu commune, cujus species, si istis credimus, sunt duæ; generalis illa quæ competit ex omni caussa, et specialis. Convenit autem inter omnes, et natura ostendit, ex genere non recte colligi et statui speciem. Ut puta, non recte sic colligitur: animal est, ergo est homo; potest enim esse brutum: actio est, ergo est actio in personam; potest enim esse in rem: actio est in personam, ergo est actio ex empto; potest enim esse ex stipulatu. Sic nec recte colligitur hoc modo: ex mutuo competit actio quæ vocatur certi condictio, ergo certi condictio specialis; potest enim esse illa generalis quæ pariter ex aliis quoque caussis competit. Et certe, ex mandato quoque et societate dici-

tur competere certi condictio, ut hoc loco, et diserte in *L. in duobus*, *L. exceptio, infr. de jur*, neque tamen ex eo colligitur illic competere ullam specialem; quinimo, omnium consensu, non alia condictio illic accipitur, quam generalis illa quæ hic ex omni caussa competere et cum aliis specialibus concurrere dicitur. Quare, nec cum dicitur ex mutuo competere certi condictio, alia necessario accipi debet quam ipsa generalis, etiam si maxime constaret ex aliis locis esse aliquam certi condictionem specialem. Nunc, cum generalem hoc loco legamus, specialis autem certi condictio nusquam nominetur, aut ea quæ dicatur ex una tantum caussa competere; istam collectionem una cum re procul rejicere debemus. Cur ergo ex mutuo potius dicitur competere certi condictio quam ex aliis caussis? Non ideo quia hæc actio sit mutui propria nec cum aliis caussis communis, sed quia hæc ipsa communis ea est quæ ex mutuo sola nascatur ut, si qua actio ex mutuo fuit nominanda, necesse fuerit hanc solam nominatim appellari; cum ex mandato, societate, negotiorum gestorum et similibus, propriæ sint actiones ex ipso contractu nomen sortitæ. Quid, si etiam ex ipso nomine certi condictionis quæ dicitur competere ex mutuo, potius colligitur unam eamdemque esse condictionem quæ competit ex mutuo et quæ ex cæteris caussis omnibus, eoque et communem ac generalem eam ipsam quæ hic definitur? Et vero nomen, rem ita esse satis nos docet. Quo enim nomine appellatur quæ ex mutuo nascitur? certi condictio, ut diximus, nec quidquam adjicitur præterea. Quo nomine appellatur quæ competit ex cæteris caussis? certi item condictio, ut hoc loco. An dubitamus igitur eamdem esse condictionem, cujus in omnibus caussis idem nomen reperitur? verba enim sunt rerum notæ; quæ si propria sunt nec ambigua, non potest unum nomen aliud demonstrare quam rem unam; ut diversa, necesse est diversarum rerum esse significantia, *L. si idem, D. de eod.*

Sed Bartolus ait, In certi condictione *certi* verbum esse ambiguum; hinc, pro varietate caussarum, aliam atque aliam condictionem significare; nam, cum ex cæteris caussis dicitur certi condictio competere, certum proprie accipi dicit pro re certa, quæcunque sit, atque hoc sensu intelligi condictionem certi generalem; cum autem dicitur competere
5 ex mutuo, ait certum ✝ significare mutuum, atque hinc esse certi condictionem specialem. Quod plane ita dicit, quasi juris auctores, imperitos aliquos aut barbaros homines nobis proponeret, qui ignorarint quid significaret *certum* Latinis; aut quasi proponeret nobis malignos scriptores, qui cum facile et intelligenter possent dicere mutui condictionem, quam et intelligebant; tamen, erroris objiciendi caussa, maluerint dicere condictionem certi pro mutuo; aut postremo, quasi jus ar esset quædam ludicra aut veteratoria, quæ verbis ambiguis luderet et imponeret legentibus; ut, cum iisdem verbis actionem diversarum caussarum nuncuparet, tamen modo hanc, modo aliam intelligeret. Sed initio hujus tituli satis docui, neque Latini sermonis rationem, neque juris auctoritatem pati ut in certi condictione certum interpretemur aliud quam rem certam. Quod si, in certi condictione ex mutuo, certum significat mutuum; in certi condictione ex stipulatione, quid significabit? non mutuum, quia de mutuo illic non agitur, sed de stipulatione. Quid ergo? nempe rem certam, idem videlicet quod in cæteris caussis. Et tamen Bartolus hoc loco, cum Martino, vult hanc condictionem esse specialem. Qui minus igitur et in certi condictione ex mutuo, admittat certum accipi proprie et significare rem certam, etsi eam condictionem specialem esse defendat? Veretur nimirum ne, in condictione certi ex mutuo, admissa rei certæ significatione, efficiatur eam condictionem esse generalem, non specialem et propriam mutui. Atqui isti rationi consequens fuit, ut certi condictionem quæ est ex certa stipulatione, generalem esse diceret, propterea quod certum in ea condictione significare non possit mutuum; ex quo necesse sit ut significet rem certam. Ipse tamen, contempta sua ratione, specialem facit. Ex quo apparet qualis ista sententia ejusque sententiæ ratio habenda sit, in cujus reprehensionem ipse auctor imprudens incurrat. At enim, inquit, in condictione ex mutuo, propria caussa agendi est hæc quia mutuavi.

Ex caussa agendi propria et speciali, propriam quoque et specialem actionem esse debere colligit. Non ✝ recte colligit; nam, 6
et cum pretium peto ex vendito, utorque in eo certi condictione, ideo peto quia vendidi; erratque Bartolus, si putat hanc intentionem satis esse ut dicam, me ideo petere quia certum est quod peto. Isto enim modo non ostenderet actio speciem futuræ litis, quæ tamen in omni actione instituenda demonstrari debet. Ago igitur certi condictione de pretio, hac de caussa quia vendidi; neque ideo tamen hæc condictio alia est, omnium consensu, quam generalis, idest illa

quæ pariter ex aliis quoque caussis competit. Quare, nec si in mutuo hæc caussa repetendi est quia mutuum dedi, eaque caussa hujus contractus propria est; ideo certi condictio quæ eo nomine competit, propria hujus contractus et specialis actio judicanda est. At actiones, inquit, medio concludendi distinguuntur. Medium vocat caussam, seu rationem quæ redditur, quare nunc illud aut illud petatur. Itaque hoc sentit, ut caussa agendi erit, ita aliam atque aliam actionem futuram: ut puta, alia est actio qua peto decem, quia mutuavi; alia qua peto decem, quia fundum Tusculanum tibi vendidi; alia qua peto decem, quia ex societate aut negotio meo a te pervenerunt. Respondeo: Si actionis verbo intelligit Bartolus intentionem et litem, recte dicit; hæ enim re vera, prout agendi caussa erit, ita distinguuntur: sin intelligit nomen actionis, falsum est, ut primum caussa agendi diversa esse cœperit, continuo actionem variari; neque enim semper variatur actionis nomen. Ne longius abierimus, aliæ sunt caussæ agendi ex contractibus, aliæ ex quasi contractibus, aliæ ex maleficiis; et in singulis istis generibus variæ species occurrunt, quæ proprias et distinctas agendi caussas habent, ut ex singulis necesse sit aliam intentionem et persecutionem esse. In omnibus tamen, si certum condicitur, una actio competit certi condictio; generalis illa quidem, sic tamen ut in omnibus unum idemque sit nomen actionis. Sed et in actione ex vendito, alia caussa petendi est cum peto centum, quia fundum vendidi, equum, aut anulum; una est tamen ex omnibus actio ex vendito. Ita fit in mutuo id quod jam ante posui; non si propria hujus petendi caussa est, idcirco et certi condictionem quæ eo nomine competit, ejus propriam et specialem colligi debere; quod nihilo rectius facere possumus, quam si ex eo quod ex caussa societatis, mandati, negotiorum gestorum, certi condictio datur, *d. L. in duobus*, §. *exceptio*, *infr. de jur.*, colligamus certi condictionem quamdam in societate specialem esse, quamdam in mandato, quamdam in negotiis gestis; simpliciter enim in omnibus certi condictio dari dicitur, neque adjicitur generalis aut specialis. Una est igitur certi condictio generalis, ea quæ hic definitur, quæ, ut competit ex aliis caussis certis, sic ex mutuo; et ita ex mutuo, ut hic non sit alia condictio, quam ea quæ datur ex aliis caussis omnibus: recteque Ulpianus et vere, hoc loco generaliter definit, certi condictionem competere ex omni caussa ex qua certum petitur. Quæ tamen definitio falsa est, si est aliqua certi condictio specialis, idest quæ ex una tantum caussa, non ex omnibus competat: non enim verbum generis et commune aliter accipi debet, quam ut omnes species complectatur. *L. si servitus*, *supr. de ser. urb. præd. L. Mævius*, §. *duorum*, *infr. de legat.* 1. Sed, sive una est certi condictio eadem quæ et generalis ut volumus, sive est specialis aliqua, sic tamen ut si aliqua etiam generalis (ac de generali hic agitur); ipsa hæc generalitas definitionis, qua indefinite dicitur certi condictio competere ex omni caussa, vitiosam sententiam habere videtur, et incertum facere utrumne hoc edicto atque his verbis ulla constituatur actio, aut si constituitur, an sit utilis. Primum, dicat aliquis, his verbis nullam actionem dari, sive intelligamus prætorem polliceri actionem ex omni caussa ex qua certum petitur, sive intelligamus Ulpianum dicere hanc actionem competere ex omni caussa; quod tamen ille nisi ex sententia edicti non fecit. Quid est enim certi condictio, nisi actio in personam, qua certum petitur, nam actio in personam usitate in jure condictio appellatur, *L. actionum*, *infr. de ob. et act.* §. *appellamus*, *Inst. de act.* Porro, actionem in personam de certo dare ex omni caussa ex qua certum petitur, idest ex qua certum peti potest, sive ex qua actio est ad id certum petendum, nihil aliud est quam nugari, et, cum aliquam actionem videaris dare velle, tamen re nullam dare. Datur enim mihi actio de certo, si eam habeo: atqui si aliquam prius habui, non intelligitur mihi dari quam jam habeo, §. *sic itaque*, *Inst. de act.*; si non habui, ne verbis quidem hujus loci ulla mihi promittitur. Quin etiam, nec commonefactio juris nostri his verbis contineri ulla intelligitur: quod si fieret, defendi edictum et definitio posset, cum pleraque prætorum edicta fuerint monitoria, proposita tantum eo, ut scirent cives quid juris esset de re quaque et se præmunirent, *L.* 1. §. *eodem tempore*, *supr. de or. jur.* At ne hoc quidem præstatur his verbis: nam, si scio me habere actionem, non requiro ut admonear; si ignoro, eam ego ex his verbis non consequor, cum detur tantum mihi sub conditione si habeam, utrum autem habeam, ignorem; ut nihil hinc habeam certius quam si nihil istius omnino hic scriptum esset. Et hæc ita sunt omnino, si condictionem naturaliter hic accipimus, ut significet actionem in personam. Neque enim hoc sensu, condictionis verbo aliam hic actionem dari intelligere possumus, quam eam quæ competit, et quidem hac conditione si qua competit; quod totum est nugatorium.

Intelligendum est igitur, certi condictionem
7 † hic non naturaliter accipi, ut fit superioribus in locis quibus de condictionis et vindicationis significatione comprehensum est, in quibus verbum rem ipsam significat, ad quam significandam primo est inventum: sed secundum artem, et significare non actionem in personam, sed certæ actionis nomen, seu actionem quæ ita vocetur; quæ apud Romanos, quorum lingua res gerebatur, talis futura fuerit, ut qui hac experiretur, uteretur hoc nomine, et diceret se condicere certum id quod petebatur. Et ideo *Inst. quib. mod. re contr. obl.* dicitur, ex mutuo nasci, non simpliciter certi condictio, sed actio quæ certi condictio appellatur. Inde hanc actionem, non condictionem solum certi, sed, ut certæ actionis et speciei nomen liceat agnoscere (nam alioqui et aliæ actiones in personam omnes eodem modo appellarentur) condictitiam actionem, et actionem condictionis dici legimus; condictitiam actionem in *L. si quis certum, infr. eod. §. is quoque, Inst. quib. mod. re contr. obl. L. qui se debere, infr. de cond. cau. da. L. 3. C. de don. quæ sub mo.*, actionem condictionis in *L. 2. C. de cond. ob. cau.* Itaque, in verbo certi condictionis idem accidit quod in actione ex empto, et actione ex stipulatu. Actio ex empto bifariam dicitur; interdum intelligitur hoc verbo actio ex emptione, ut emptum hic naturaliter emptionem significet; interdum, et frequentius, ita actio ex emptione, ut sit actio quæ proprio hoc nomine vocetur, et emptori tantum competat. Sic et actio ex stipulatu nonnunquam dicitur quæ nascitur ex stipulatione quæcunque sit, ut hic stipulatus naturaliter significet stipulationem. Ut plurimum autem significat certum nomen actionis, ejus nimirum quæ ex stipulatione incerta nascitur, hoc nomine ei ab arte tributo; de qua varietate dixi ad *L. si quis certum, infr.* Idem fit et in verbo certi condictionis. Naturaliter loqui si volumus et eo modo quo verbum hoc, non nomen rei, sed rem ipsam significat, nihil prohibet certi conditionem dicere, ut si intelligatur actio quævis in personam ad petendum id quod certum est, etsi sit actio pro socio, mandati, locati, ex vendito et similes. At cum de certa actione agitur quæ edicto datur ut hoc loco, non nisi certæ actionis nomen seu actio quæ hoc nomine appelletur, hoc verbo intelligenda est. Id nomen hanc actionem distinguit a cæteris quæ propriæ ex quaque caussa competunt; differentia spectatur non in re, sed solum in formula actionis: verbi gratia, pretium ex vendito quis petit; hoc nomine propositam actionem habet venditor duplicem, ex vendito propriam solius emptionis, et hanc certi condictionem cum aliis etiam caussis certis omnibus communem. Ex utraque actione, si rem spectamus, caussa agendi eadem, petitio quoque rei eadem: si aget actione ex vendito, hoc dicet, se fundum Tusculanum, exempli gratia, tot aureis vendidisse, hos se aureos petere: si condicet, non petet aliud quam hoc ipsum pretium, sed et cur petat, eamdem illam caussam adjicere debebit, quia vendiderit. Hoc interfuisset olim inter utramque actionem, quod ex vendito quis agens, hujus actionis nomine et propria formula usus esset; condicturo autem legitima hæc et recta fuisset intentio si, omisso nomine actionis ejus contractus propriæ, dixisset adversario se condicere certum id de quo agebatur, seu in eo petendo uti certi condictione, seu condictione Si certum petetur, *hac L. certi, §. ult. L. rogasti, §. ult. L. si institorem, L. cum fundus, §. 1. infr. eod. L. 1. infr. de cond. trit.*; hæc vero nova est actio et intentio, distincta ab aliis. Ex quo eveniet ut, si forte ex ea caussa certum petatur, ex qua jure alia sit et propria actio, incipiant post hoc edictum duæ esse eo nomine actiones speciales et distinctæ, vetus et hæc nova; specialis, si cum aliis specialibus actionibus conferatur, a quibus diversam speciem constituit; generalis eadem, si referatur ad caussas ex quibus agitur, quia ad omnes generaliter pertineat, quarum utra libet liceat experiri, sic tamen, ut altera per alteram consumatur. Quod cum pene diserte traditum sit in *d. L. in duobus, § exceptio, infr. de jur.*, quin hic, non simpliciter actio in personam de re certa, sed certa actio et, si cum aliis conferatur, specialis promittatur, dubitari non potest. Hoc sensu, est quod detur hoc edicto et definitione hujus loci, quodque non minus significanter ipsis verbis dari intelligatur, etsi indefinite detur certi condictio ex omni caussa, omnique obligatione ex qua certum petitur, sine ullius certæ caussæ expressione. Nam, si ex aliqua caussa nulla obligatio est, intelligimus ex ea ne hanc quidem actionem prætorem polliceri. Si est obligatio, non dat eam quæ prius fuisset, idest nihil, sed hanc novam; solam quidem, si certa actio ante nulla fuit ex ea caussa, veluti ex mutuo; si autem fuit alia, hanc adjungit, ut (quod ante dixi) concurrere jam incipiant in eam caussam duæ actiones.

Sed, actione hoc loco ita constituta quæ nova sit ac distincta ab aliis, quæque eadem intelligatur; tamen hæc dubitatio adhuc su-

8 perest. an † sit actio ita proposita utilis. Licet etiam hic quærere, quod de actione fructuaria a prætore proposita quæsitum legimus in *L. si cujus. §. denique supr. de usufr.*, quod bonum fuerit hanc actionem prætorem polliceri ex omnibus caussis ex quibus certum petitur, cum ex his competant magis aptæ, utpote suæ et propriæ cujusque negotii actiones. Ex venditione, exempli gratia, e t actio propria ex vendito; ex societate, pro socio; ex mandato, mandati; ex negotii administratione, negotiorum gestorum; quibus propositis, non solum recte agitur, sed etiam verbis rem de qua agitur proprie significantibus, species futuræ litis optime demonstratur. Quid igitur in his opus fuit proponere aliam actionem, maxime eam quæ proprie rem gestam non declararet; et quæ tandem ratio fuit hujus actionis ex omni caussa proponendæ? Dixi in explicationa hujus tituli, certas fuisse caussas ex quibus quamvis obligationem jure nasci constaret, nullæ tamen essent certæ et vulgares actiones; hujus generis fuisse mutuum et stipulationem. De contractibus igitur agens prætor, et in his in primis de mutuo, de eo hanc actionem proposuit. Hoc vero, non modo utiliter, ut esset ex mutuo certa actio, sed etiam necessario; quia, hac non proposita, nulla esset ex eo certa actio et vulgaris. Idem facit et postea prætor in stipulatione; sic tamen ut, quia uno edicto proponeret certi condictionem ex certa stipulatione, ex incerta autem actionem ex stipulatu; ideo alio et proprio edicto in ea re uteretur. Ita, manifesta utilitas atque adeo necessitas, certi condictioni proponendæ primum in mutuo locum dedit. Hinc, occasione nata hujus actionis introducendæ, quod videretur actio et ad alias caussas non inutilis, plus complexus est edicto prætor; et post commemorationem mutui de quo præcipue cavebat, generaliter deinde de omnibus caussis edixit, ut, quæcumque essent ex quibus certum petitur, de omnibus certi condictionem polliceretur; morem in eo nimirum suum et perpetuum secutus, ut, cum occasio utilitatis ex aliqua specie esset oblata, non de ea specie tantum, sed de toto genere ediceret, adjuvandi confirmandive juris civilis gratia; quem morem testantur præcipue bonorum possessiones ab illo propositæ, et Justinianus in §. 1. *Inst. de bon. poss.*, item *L. jus autem, supr. de just. et jur.*

Neque vero etiam in iis caussis ex quibus
9 propriæ sunt actiones, certi † condictionem constitui sua utilitate caruit, ne quis hanc actionem in his ut inutilem repudiet. Utilitas duabus in rebus spectatur, commoditate agendi, et potestate atque effectu actionis. Commoditas in eo est, quod, pluribus actionibus propositis, facilius ad jus nostrum pervenire possumus, dum licet eligere quamlibet et quæ nobis videbitur aptior, hac lege ut una alteram consumat. *L. qui servum. §. 1. infr. de obl. et act. L. in duobus. §. exceptio. infr. de jur.* Potestas et effectus actionis hic est, quod condictio, natura sua, multis in rebus sæpe est minor quam propria actio quæ ex eodem genere competit. Hanc naturam condictio, dum ea agetur, retinebit. Propriæ actioni interdum infamia adjuncta est, quæ sequitur damnatum, ut si agatur mandati aut tutelæ, *L. 1. supr. de his qui not. inf.* Eodem nomine si agatur condictione certi (quod licet ex hoc loco, dum certa pecunia petatur), damnatus reus infamis non erit ex natura omnium condictionum, quoniam cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis caussis pendeant, *L. cessat. infr. de obl. et act.* In bonæ fidei judiciis, si actione singulorum propria agatur, usuræ ex mora, officio judicis in condemnationem venient, *L. quæro, infra, loc. L. mora, §. in bonæ, infr. de usur.* Condictione si agetur, usuræ non venient, sed sola debita quantitas repetitur, *L. 1. C. de cond. ind.* Interdum propria actio ejusmodi est, ex qua lis crescat adversus inficiantem: non crescet, si ejusdem rei nomine condictione certi agatur; ut puta, equi occisi æstimationem si dominus petat, agatque ex lege Aquilia adversus eum qui occidit; si is ab initio negaverit se occidisse, dupli actio et condemnatio est. *L. inde, §. hæc actio, supr. ad leg. Aq.* Cum eodem si certi condictione agatur, ut licet hac *L. §. 1.*, non erit condemnatio etiam adversus inficiantem, nisi in simplum, ut nec si alia actione eodem nomine agatur, *L. item veniunt, §. cum prædiximus, supr. de pet. her.* Hæc eo dicimus, quia hic actio constituitur, non quæ sit eadem cum priore et cujusque caussæ propria, sed diversa; non quæ subrogetur in prioris locum, sed quæ cum illa concurrat, sic tamen, ut singulæ suam naturam quæ jure cuique tributa est, teneant. Condictio autem simplum quod debetur, tantum petit et præstat, nihil amplius; nisi quod, post judicium acceptum, venit et caussa, *L. cum fundus, infr. eod.* Hinc dubitatio incidit, num, ut certi condictio certum simplum ab initio petens, nihil amplius consequitur, eoque nec infamiam irrogat nec inficiationis pœnam, quia in eo naturam suam retinet nec assumit novam; ita consentaneum sit ut, naturam ubique eamdem retinens, dum rei persecutionem continebit, semper perpetua sit et

in heredes detur, etsi actio ejus negotii de quo agitur propria aliter se habeat. Sic enim traditum est, quæ actiones rei persecutionem continent, eas et perpetuas esse et dari in heredes, *L. in honorariis, infr. de obl. et act. L. si pro fure, §. ult. infr. de cond. fur.* Nec propria actio nos moverit; condictionem enim certi, specialem esse et distinctam a cæteris jam diximus.

Et ne his rebus decepti, plus tribuamus huic actioni quam oportet, ad vim et potestatem hujus actionis illud quoque pertinet ÷ monere, ut certi condictio sæpe, propria actione ejus caussæ de qua agitur, mitior est, ita numquam evenire ut sit gravior, plusve contineat; sed, si illa temporalis est aut non detur in heredes, ita et hanc futuram; quod vulgo recte placuit. Sit mancipium, puta, in ea caussa ut redhiberi possit; actio eo nomine, intra sex menses utiles constituta est; quod si Quanto minoris agatur, annus utilis est, *L. sciendum, §. ult. infr. de æd. ed.* Sit actio ex maleficio pœnalis; hæc in heredes non datur, et sæpe non ultra annum, *§. 1. et §. non autem, Inst. de per. et temp. act.* Quoniam ex iisdem caussis certi condictionem esse volumus ubi certum petitur, dicemus et hanc ipsam eodem tempore finiri, et similiter in heredes non transire. Ut hoc dicamus facit constitutio hujus actionis, quæ proposita est hoc loco iis verbis, ut longius procedere non posset quam vetus et propria ejusdem caussæ actio. Proponitur enim ex omni caussa, sed nominatim ex qua certum petitur, idest jure petitur; proinde ex qua certum jure peti potest. Ne sit igitur ex aliquo facto aut negotio potestas petendi, ut quia actio, idest jus petendi tempore aut morte debitoris intercciderit; consequens erit ex ipsis verbis seu edicti, seu hujus loci, condictioni locum non esse. Non refragantur huic sententiæ condictionum natura et regulæ juris de actionibus rei persecutoriis traditæ. Quod enim dicitur actiones esse perpetuas quæ rei persecutionem continent, hactenus verum est, nisi quod tempus lege aut edicto actioni sit præstitutum, intra quod experiri liceat. Ultra id actio non datur; quod in actione redhibitoria, et Quanto minoris, de quibus dixi, ab Ædilibus factum esse et servari videmus. Id vero et in hac condictione factum esse ex superioribus verbis intelligere possumus. Quod de tempore certo præstituto servando dixi, id et de eo accipiendum est, si cautum sit lege aut edicto, ne actio daretur heredibus aut in heredes; ut in universum vere ita dicturi simus, ubi de actione rei persecutionem continente nihil aliud aperte constitutum est, eam juxta regulas juris et perpetuo et in heredes dari, quia sententia legis non repugnet. At ubi quid contra cautum est nominatim, hic nihil amplius quærendum esse, quam ut servetur quod lex voluit, cujus in potestate fuit modum beneficio suo præstituere. Hæc de caussis hujus actionis, et maxime quam recte ea detur dicaturve competere, non certo, sed indefinite ex omni caussa ex qua certum petitur. Quod quoniam aliter explicari non potuit, quam cond tione actionis et utilitate cognita; idcirco hic (quod necesse fuit) quintuplex esset hæc actio, quid hic verbo condictionis intelligeretur, quæ foerit caussa ejus proponendæ, quemque usum actio haberet, ostendi. Sequitur de re hujus condictionis propria, quid Ulpianus scribat videamus. Ait competere hanc actionem ex omni quidem caussa, sed ex qua certum petitur; quod valet ex omni caussa, sub conditione si ex ea certum petatur. Hac adjectione tria complectitur, quibus hujus rei descriptio continetur; nam primum, cum certi conditionem adjicit, ostendit rem certam esse oportere quæ hic petatur. Cum autem certum generaliter nominat, nec exprimit quod certum, ostendit secundo loco, dum res certa sit quæ petitur, omnem hac actione recte peti. Postremo, cum rei certæ conjungit ejus rei petitionem, ut dicat non ex qua certum est, sed ex qua certum petitur; declarat, etsi forte ab initio res incerta debita fuerit, dum tamen certa petatur, idest dum sit certa cum petitur, id ad actionem sufficere. Ita in summa, res hujus actionis propria est res certa, et ea omnis; nec amplius de ea exigimus, quam ut sit certa cum petitur. In primis certum, ut apparet, hæc condictio exigit.

11 Competit, inquit Ulpianus, *ex omni caussa ex qua ÷ certum petitur.* Hoc ipsum aperte et nomen iudicat; dicitur enim certi condictio non ob aliam caussam, quam quod certum, non incertum condicit. Hinc tractatum in interpretatione hujus edicti, quid sit certum; de quo in *L. certum, supr.*, ut hoc jam plus quam constet, hac condictione quod incertum sit peti non posse. Proinde, nec potest id quod interest, res pronontiatione plane incerta: de quo tamen quia in hac definitione quidam paulo post litem movent, cum eo ventum erit, ibi de eo nonnihil amplius a me attingetur. Quid ergo fiet, si quid incertum petetur? an nulla hic est condictio communis, ut de rebus certis; an vero, ut de certis certi, ita de incertis incerti condictio est? Non puto. Sed, cum sit hic

locus de alia specie, videtur tunc commode attingi posse, cum definitionem Ulpiani de certi condictione propositam exposuero. Certum ergo esse oportet, ut competat hæc condictio. Sed, ut hoc exigimus; ita, dum petatur certum, quodcunque id erit, ad condictionem sufficit. *Competit*, inquit, *ex omni caussa ex qua certum petitur:* non adjicit quod certum, et cujus generis; proinde, quæcumque res erit certa quæ petitur, hanc accipiemus, ut in omni oratione generali fieri debere præcipitur notis locis, *L. metum autem*, §. *animadvertendum*, *supr. quod met. cau. L. item veniunt*, §. *a quo*, *supr. de her. pet. L. de pretio*, *supr. de publ.* Sive ergo res erit mobilis, sive soli; et sive sit species ut Stichus, sive pecunia numerata, aut alia res pondere, mensurave constans, recte hac condictione ad eam petendam utemur. Cui rei manifesto argumento est et ipsum nomen; non enim dicitur pecuniæ numeratæ, aut alterius speciei certæ condictio, sed condictio certi sub appellatione generis, ut intelligamus et hoc generis nomen esse ad omnem rem certam pertinens. Nec metuemus ne, dum hoc dicimus, contrarium sit quod idem Ulpianus scribit in *L. 1. infr. de cond. trit.* eum *qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione uti, si certum petetur*, idest uno verbo, certi condictione: *alias autem res per triticiarium petere*. Neque enim his verbis sic alias res tribuit condictioni triticiariæ ut tribuat soli, non etiam certi condictioni; sed ut tribuat solas, pecuniam numeratam excipiat. Nec quia per adversativam dicit de aliis rebus triticiariam competere, ideo de his negat competere certi condictionem, tametsi prius hanc pecuniæ numeratæ tribuerat. Dum enim prius dicit de pecunia numerata condictione certi agi, magis vi ipsa negat de ea agi posse condictione triticiaria; id quod postea per adversativam recte dicit diversum esse in aliis rebus. Sed de ejus loci sententia opportunius illic dicetur; ex quo etiam intelligetur quodnam sit inter has actiones discrimen.

12 Ut autem, † dum certum petatur, nihil refert ad certi condictionem quæ res petatur, sed omnis hac condictione peti potest: ita, dum certa sit eo tempore quo petitur, nihil ad rem pertinet fueritne certa in contractum deducta, an incerta. Idque est quod Ulpianus, cum dixisset hanc condictionem competere ex omni caussa ex qua certum petitur, adjicit, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Certus contractus ab initio is est, in quem res natura et pronuntiatione certa deducitur, ut fundus Tusculanus, aurei decem, §. *stipulationum quædam*, juncta *L. ubi*, *seq. in pr. infr. de verb. obl.* Incertus ex quo certum petatur, est is in quem ab initio deducitur res incerta, sed quæ tempore, prius quam peti possit, certa fit; ut si postea petatur, non possit peti nisi certa. Ex certo contractu si certum petatur, non mirum si in hanc rem certi condictionem competere dicimus; concurrunt enim omnia ad certi condictionem: ipsius rei petitæ certitudo, et certitudo contractus, id est ejus caussæ ex qua condictio nascitur. Sed potuit dubitari an idem dicendum sit, ubi contractus ab initio est incertus, etsi maxime ex eo petatur certum, quasi caussa incerta certam actionem dare non possit. Ait ergo Ulpianus, æque † hanc condictionem, 13
ex incerto contractu competere, dum certum sit quod petitur; significans, si ab initio incertum deductum sit in contractum, post autem tempore res promissa certa facta sit, quæraturque de certi condictione; non initium contractus, sed tempus petitionis in hac re esse spectandum, ut, quia certum petitur, etiam certi condictio locum habeat. Quod ex verbis edicti sumptum est; non enim datur hæc condictio ex omni caussa certa, sed ex omni *ex qua certum petitur*; quæ verba non obscure ad petitionem rei, non ad contractus initium referuntur, et quandocumque atque undecumque certum petatur, hanc condictionem tribuunt; ut consequens sit, etsi petatur ex incerto contractu, condictioni locum esse. Meritoque id ita placuit; non enim debet obesse prior incertitudo contractus, quæ tempore jam sublata est.

Sed quæritur exemplum † contractus in- 14
certi, idest ejus in quem incertum deductum sit, ex quo tamen petatur certum ita, ut sit etiam ex eo certi condictio. Bene Jacobus Aretinus, vetus interpres cujus sententiam Bartolus hic refert et probat, exemplum protulit in stipulatione fructuum, ac eorum quæ ex re aliqua certa et designata postea nascentur; quo eodem in hac re usi sunt Eguinarius Baro ad *tit. Inst. de verb. obl. in pr.* et Franc. Duarenus ad *L. ubi*, §. *illud*, *infr. de ver. obl.* Si quis id quod ex Arethusa ancilla natum erit, aut fructus qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit; stipulationem, ut incertæ rei, ita et a principio incertam esse constat; idque ita diserte scriptum est in *d. L. ubi*, §. *illud.*: sed ita est incerta, ut tamen ex ea petatur certum, et quidem ita, ut ex ea aliud quam certum peti non pos-

sit; nam, antequam quid natum sit, nulla actio est, cum habeat stipulatio hanc conditionem si fructus nascantur, *L. 1. §. ult. infr. de con. et dem.* Natis fructibus, de his ipsis actio nascitur; sed et hi natura certi sunt. ut dicendum sit, dum hi petantur, certum peti; et quia soli qui nati sunt petuntur, ideo et solum quod certum sit, peti ex hac stipulatione. Hoc ergo illud est quod intelligimus sentire Ulpianum: etsi stipulatio fructuum proponatur, quæ a principio incerta est, fructus tamen postea natos, certi condictione ex ea stipulatione peti posse et debere, quia in his petendis certum petatur, etsi ex incerto contractu; prætor autem hoc solum spectet an certum petatur. Conveniunt ita hæc omnia verbis Ulpiani et edicti, ut etiam his ipsis verbis omnino efficiantur. Sed laborat sententia ab aliis locis, quam ob caussam et interpretatio in dubium revocatur; de quo amplius considerandum est. Verendum vero, si certum incertumve contractum ex re in contractum deducta hic accipimus, ne sententia superior, non modo definitione Justiniani contraria, sed etiam eodem isto exemplo stipulationis fructuum maxime refellatur. Justinianus, agens de actionibus quæ ex stipulatione competunt, *Inst. de ver. obl. in pr.*, duas actiones tradit ex stipulatione proficisci, certi condictionem, et actionem ex stipulatu; hanc quidem ex stipulatione incerta; condictionem autem certi, nominatim hac conditione si certa sit stipulatio; in quo sub una specie, aperte ad certi condictionem, ut ex certo contractu agatur exigit. Quod ad stipulationem fructuum attinet (quo exemplo supra usi sumus), de ea non unu in loco ita scriptum videtur, quasi huic non alia actio quam incerti ex stipulatu competat. Primum, in *d. L. ubi, §. illud*, instituta ex professo de certis et incertis stipulationibus disputatione, Ulpianus ipse qui et hujus loci auctor est, nominatim stipulationem fructuum et similium rerum inter incertas numerat: quorsum, nisi ut ex eo de genere actionis statuamus. Intelligamusque, ut ex certa stipulatione certi condictio est, sic ex ista quam incertam dicit, competere actionem ex stipulatu, juxta distinctionem de his actionibus a Justiniano traditam in *d. tit. de ver. obl. in pr.* Tum autem in *L. 4. infr. de usur.* diserte scriptum est, ex hac stipulatione rem dari vacuamque possessionem tradi, stipulatorem fructus postea captos, actione incerti ex stipulatu consecuturum, quasi hæc actio una ad fructus omnes in contractum deductos petendos pertineat. Et fuerunt olim qui, moti (ut credibile est) his objectionibus, a superiore interpretatione consulto refugerunt, et contractum certum hic sunt interpretati eum qui certum nomen habet; incertum, eum qui nullo nomine appellatur, ut cum do ut des, facio, ut des, nec contractus in aliud nomen transit: ex quibus etiam certi condictionem esse voluerunt, et de his Ulpianum sentire. Quam sententiam commemorat Accursius ad verbum *certo*, et in hac Petrum fuisse Bartolus hoc loco refert; nec desunt, nostra ætate, qui eodem modo interpretentur. Quid ergo, si et ipsi sequamur idem, et eodem isto modo nos istis objectionibus levi opera liberemus? Et esset commodum, si liceret; sed duo prohibent. Primum, quod ea sententia quam posuimus, si verbis convenit, non minus et ipsa per se vera est, nec superiores loci adversantur. Deinde, quod si res haberet aliquid dubitationis, tamen quidvis ferendum sit potius quam recipiendum, ex contractu cujus nullum sit nomen, quicunque is sit, certi condictionem competere. De sententia ipsa statuatur id quod supra dixi: si certi condictio competit ex omni caussa ex qua certum petitur, consequens esse, si quid petatur certum, idest ejusmodi quod certum sit eum petitur, huic condictioni locum esse, ut petitionis tempus solum spectare debeamus, non initium contractus. Nec nos moverint quæ contra attulimus; aut enim superiorem sententiam confirmant, aut certe non lædunt. Justinianus scribit non competere certi condictionem ex stipulatione, nisi et stipulatio certa sit. Hoc nihil verius; at hoc ipsum dicit qui ex stipulatione fructuum, quæ initio incerta est, dicit competere certi condictionem de natis fructibus: quippe, his natis, eodem tempore evenit, ut et peti possit certum et simul certa fiat stipulatio; quinimo, ita est conditio hujus stipulationis, ut non possit hinc nasci actio nisi ex certa stipulatione, ne ab initio quidem: ut dicendum sit hoc exemplo maxime sententiam Justiniani confirmari, vel si malumus, definitionem Justiniani sententiam superiorem de certi condictione in hoc exemplo confirmare; utrumque enim tempus spectemus, et cum fructus nati non sunt et cum sunt nati, id ita esse ut dixi, reperiemus. Et fructibus quidem nondum natis, stipulationem jam ab initio incertam esse verum est; sed non ideo interim ex stipulatione incerta actionem nasci dixeris, si quidem per id tempus nulla omnino actio ex ea stipulatione nascitur. Hæc enim stipulatio: *fructus qui ex illo fundo nascentur*,

dabis. Verbis pura est, re conditionalis; habet enim hanc conditionem, si fructus nascentur, *L. 1. §. ult. infr. de con. et dem.* Conditione pendente, non modo nulla nascitur actio, sed ne obligatio quidem. *L. cedere, infr. de ver. sig.*; natis vero fructibus, ut tunc primum conditio stipulationis exstitit. Ita primum et fructus debentur, et primum peti posse incipiunt. At ex qua stipulatione? nempe certa, non incerta; ut consequens sit quod dixi, non nisi ex certa stipulatione hinc nasci actionem. At quomodo actionem dicamus nasci ex certa stipulatione, quam ab initio incertam esse concedimus? Quia, ut res sunt quæ stipulatione continentur, ita est et stipulatio; certa nimirum aut incerta, dividua aut individua. *L. ubi, in pr. L. stipulationes non dividuntur, infr. de ver. obl.* Fructibus non natis, nihil dum hic certum est, quia tum ignoratur an quidquam nascatur, et quod nascetur, quale futurum sit aut quantum; ideo, per id tempus, stipulatio jam a principio est incerta. *d. L. ubi. §. illud, de verb. obl.* At nati, non minus certi esse incipiunt, quam est ipse fundus unde nascuntur; certa enim corpora sunt, nec minus certo loco definita. Quapropter, his natis, ut res stipulatione comprehensa certa facta est, ita et propter rem incipiet certa esse stipulatio quæ prius incerta fuerat. Nec quia ab initio stipulatio fuit incerta, ideo dixerimus, etiam fructibus natis, talem quoque perpetuo debere existimari; potius enim in contrarium colligi debuit hoc modo: Prius incerta dicebatur, quia, nondum natis fructibus, incertum stipulatio continebat; proinde, his natis, idest commutata ratione, necesse est stipulationem certam fieri quæ rem certam cœpit continere, ut contrariarum caussarum contrarii sint effectus. Nec quisquam miretur si eamdem stipulationem modo incertam, modo certam esse dicimus; cum videat rem quæ in stipulationem deducta est, et unde certitudo est aut incertitudo stipulationis, modo incertam esse, modo tempore certam fieri. Et quid mirum circa certitudinem stipulationis hæc dici, cum constet pro vario tempore conditionis, stipulationem quoque variari et novam formam induere? nam, pendente conditione, stipulatio est conditionalis, ex qua nihil debetur; conditione autem impleta, incipit stipulatio esse pura, quæ obligationem et actionem parit. Effectum est igitur, in stipulatione fructuum et similium rerum, ita competere certi condictionem de eo quod certum petitur, idest de natis fructibus, juxta Ulpiani definitionem, ut simul eveniat quod in hac actione Justinianus exigit, ut nimirum certi condictio non sit solum de re certa, sed etiam nascatur ex certa stipulatione, et quidem ita, ut hic aliunde quam ex certa nasci non possit.

Sed si hoc ita est, videamus, dixerit aliquis, ne pugnantia loquamur nosque ipsos refellamus. Prius enim stipulationem fructuum protulimus, ut esset in ea exemplum in quo, fructibus natis, certum peteretur ex contractu incerto, ut exemplum definitioni Ulpiani congrueret: quo significamus, incertum hic contractum esse, ex quo certum petitur. Nunc, velut obliti ejus quod propositum est, dicimus, fructibus natis, certam fieri stipulationem, atque hinc nasci certi condictionem ex contractu certo; quæ sunt contraria. Quod si ante non intelligimus in stipulatione fructuum, natis fructibus, certum peti ex contractu incerto, sed, ut modo dixi, ex certo; inepte exemplum hoc accommodamus, quod tantum abest ut conveniat huic loco, ut maxime ei adversetur. Ita fit ut interpretatio, una cum suo exemplo repudianda sit, in qua ipsi aut nobiscum, aut certe cum Ulpiano pugnemus. Nos vero neque hic pugnantia loquimur, et Ulpiani verbis atque sententiæ maxime consentanea dicimus. † Stipulationem fructuum, postquam 15
fructus nati sunt, certam esse volumus, et est re vera, ut ostendi: quo fit, ut recte hic dicatur actio esse ex contractu certo, proinde et hinc competere certi condictio; quod Justiniani definitioni convenit. Sed nihilominus, et post fructus natos, ipsam hanc stipulationem Ulpianus incertum contractum vocat; quod non est superioribus contrarium. Vocat enim ita, non ex re et statu præsente (quo inspecto, non potest stipulatio non esse certa, quæ rem certam continet), sed per relationem, more loquendi auctoribus nostris familiari, habita nimirum ratione ejus, non quod nunc est, sed quod fuit antea. Fuit enim ab initio stipulatio incerta, eoque incertus contractus: conditione postea mutata, tamen retinetur prior appellatio, vocaturque et nunc contractus incertus qui talis fuit initio, ut intelligatur cujusmodi contractum Ulpianus significet. Sic dicimus tutorem, finita tutela, teneri tutelæ et contrariam actionem habere, *L. 1, infr. de tut. et rat. dist. L. 1. §. finita, infr. de con. tut. act.*, cum tamen, finita tutela, tutor amplius non sit. Item, dominum, post mortem aut manumissionem servi, teneri intra annum de peculio, *L. 1. infr. quan. de pec. ac. an. est*, cum morte vel manumissione peculium esse desinat, *L.*

ult. infr. quan. de pec. Utrumque tamen recte et ex usu loquendi, quia et illic tutorem dicimus qui ante fuit, et peculium quod ante fuit peculium; utrumque, quo magis designetur persona et res de qua agitur, ut insula dicitur ager qui prius erat insula. In *L. insula. in fi. infr. de acq. rer. dom.* Similiter et hoc loco eum contractum ex quo certum petitur, vocat Ulpianus incertum, non quia nunc sit talis, sed quia ante fuit incertus et ab initio. Id eum sentire, cum ex re ipsa, tum et antithesi qua utitur et ex ejus instituto apparet. Ex re: quia ita est conditio cujusque contractus, ut non possit ex eo certum peti, nisi et ipse sit certus; neque enim certum ex contractu peti potest, nisi certum contineatur contractu: nec potest certum contractu contineri, quin et contractus ex re quam continet, sit certus. Antithesis qua utitur, hæc est: opponit certi petitionem contractui incerto: certi autem petitionem intelligit, non certi nominis, sed certæ rei petitionem, seu petitionem in quam res certa deducitur. Ergo et contractum incertum, non qui nomine incertus sit, sed quem res incerta in eum deducta, certum fecerit. Institutum ejus patet: propositum enim ei est docere, satis esse ad certi condictionem, si certum petatur. Quo significat, etsi aliud tempus fuerit cum certum ex contractu peti non posset; tamen, si tunc cum petitur, certum petetur, condictionem competere. At non fuit aliud tempus cum certum peti non posset ex eodem contractu, nisi cum ab initio incertus fuit, re incerta in eum deducta, ac deinde res eventu certa facta est. Quare et hoc ipsum vult intelligi, quamvis certum petatur ex ejusmodi aliquo contractu incerto, idest eo qui ante et et ab initio fuit incertus; tamen initium contractus non obstare certi condictioni, quia semper verum sit certum peti; quod solum prætor exigit. Quod si illud accedit ut, re certa facta, simul condictio nascatur ex contractu qui nunc re vera certus sit, quod et ipsum eodem tempore evenire docui; conficitur quod volumus, ut, quemadmodum recte dicitur et ex hujus loci sententia, ex eo genere certi condictionem dari ad certum petendum; ita et maxime idem confirmetur illo ipso loco quo Justinianus, ad certi cond ctionem, exigit ut agatur ex certo contracto: postquam et hoc ipsum in hac petitione accidit, ut certum petatur ex contractu vere certo. Non offendit igitur aut hunc locum, aut superiorem interpretationem locus iste Justiniani, qui potius sententiam illam statuit. Multo vero minus, ad eam infirmandam facit quod in *L. ubi. §. illud. infr. de ver. ob.*, cum fructus qui nascentur ex fundo, deducuntur in stipulationem, dicitur stipulatio esse incerta: non enim simpliciter dicitur incerta esse, sed quatenus fructus continet qui postea nascentur: tolle caussam, effectum removebis. Immo, quidam ajunt ad eum locum: quibus exemplis incertarum stipulationum Ulpianus in *d. L. ubi* utitur, ea ponit non alio fine, quam ut ex eis omnibus intelligatur incerti actionem esse. At unde sumptum hoc sibi concedi volunt? neque enim in illa disputatione Ulpiani de certi condictione aut actione ex stipulatu ullum verbum. Sed erit scilicet inutile, stipulationem fructuum dici incertam, nisi ex ea nascatur incerti actio. Non ita est: nam primum, prodest exemplum ad definitionem incertæ stipulationis ab Ulpiano propositam explicandam; definierat enim initio, incertam stipulationem esse, cum *non apparet in ea quid quale, quantumve sit.* Id cujusmodi sit, declaratur ea stipulatione qua fructus qui ex illo fundo nascentur, stipulamur. Deinde, conducet species eo ut, si quæratur incertus contractus ex quo certum petatur (quod genus contractus hic commemorat idem Ulpianus, et ex quo vult non minus competere certi condictionem), sciamus esse paratum exemplum in hac fructuum stipulatione, quæ est ejusmodi, ut nunquam ex ea fructus peti possint nisi nati, ac proinde certi; et tamen ipsa, ab initio et quamdiu pendet ao fructus na cantur, sit incerta.

Quod attinet † ad *L. 4. infr., de usur.* 16
quem locum postremum supra objiciebamus, nescio quid moverit eos qui putant illo loco probari, in stipulatione fructuum qui nascentur, fructus postea natos actione incerti ex stipulatu peti posse. Scilicet illic ita scriptum est: *Si stipulatus sis rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos, actione incerti ex stipulatu consecuturum te ratio suadet.* Atqui hic non agitur de stipulatione fructuum, sed de stipulatione in quam fundi ipsius datio et vacuæ possessionis traditio deducta est; inter quas stipulationes dici non potest quam intersit. Traditio rei est factum: faciendi stipulatio incerta, quia in eam id venit quod interest: id autem incertum. *L. si pœnam, infr. de ver. obl. §. ult. Inst. eod.* Fructus autem res sunt corporales: qui si nati erunt, certa corpora sunt, ut dixi, non minus quam ipse fundus ex quo nati sunt. At fundi stipulatio certa est. *L. ubi, §. ult. infr. de ver. obl.*; erit igitur et

fructuum, simul atque hi nati fuerint. Quapropter, ut fundus promissus peteretur certi condictione, quia certus; ita et fructus promissos postea natos, eadem actione peti necesse est, quia certi. At enim Pomponius ait, stipulatorem *fructus postea captos ex ea stipulatione, incerti actione consecuturum*. Recte *consecuturum*, non petiturum: fructus enim in hanc stipulationem non veniunt, sed fundi datio et traditio: quam ob caussam, quia fundi obligatio est, non fructuum; ideo non petuntur fructus, sed in id quod interest agitur, quod et stipulatione intelligitur contineri. *L. si pœnam*, *L. quoties quis*, *L. si quis stipulatus*, 112, §. *ult. infr. de ver. ob.* Ut id quod interest est incertum, ita in id agitur actione incerti ex stipulatu, *L. ult. supr. si quis in jus voc. non ier.*; proinde et in specie superiore conveniebat hac ipsa actione agi: in quam sententiam et Papinianus respondit. Hac autem actione in proposito instituta, potestate judicii etiam fructus accedent, quia in æstimatione ejus quod interest, etiam fructuum amissorum ratio habetur, *L. 1, §. non solum. infr. Unde vi*. Quæ si ita sunt, nihil verius hac sententia: Quamvis in stipulationem aut alium contractum res incerta ab initio deducta sit, si tamen, exsistente stipulationis condictione, res certa fiat ut sic incipiat certum peti posse; etiam ex eo contractu certi condictionem competituram, quia certum petatur; quod solum spectandum sit ex edicto: id autem contingere in hac specie, cum quis id quod ex animali aut ex fundo certo nascetur stipulatus est, et deinde quod natum est petitur. Hanc sententiam hujus loci esse quo statuatur certius, sic mecum reputetur de verbo *incerti contractus*. Alterutrum enim necesse est, aut contractum hic dici eum in quem incertum deductum est, ut est usitata verbi significatio, et quommodo accipitur in *L. ubi, infr. de ver. ob.*, ubi ex professo de certis et incertis stipulationibus agitur; aut incertum eum qui certo nomine non appelletur, similiter ut actio præscriptis verbis vocatur incerta actio, *L. rebus, C. de rer. per.*, quia nullum est hujus usitatum nomen. *L. 2. infr. de præs. ver.* Si probatur contractum incertum posteriore modo hic accipi non posse, relinquitur nimirum significatio sola prior, non dico quæ conveniat Ulpiani sententiæ, sed etiam quam hic accipi sit necesse.

Atqui ita res habet, ut contractum in-
17 certum nullo † modo hic intelligere debeamus, cujus nullum sit nomen. Sic enim diceremus, ex hujusmodi contractibus competere certi condictionem ad rem de qua convenit petendam; quod falsum esse et res quæ hic petitur, et actio præscriptis verbis, quæ ex eo genere competere dicitur, aperte declarant. In primis, ad certi condictionem opus est ut certum petatur, ut hic docemur. Atqui hæc natura est eorum contractuum quorum nullum nomen est, ut ex his petatur incertum: nam, etsi de re certa danda convenerit, veluti cum do tibi aliquid ut mihi Stichum des; tamen actio est solum in id quod mea interest illud de quo convenit accipere, *L. naturalis*, §. *etsi quidem infr. de præs. ver.*; id autem quod interest, maxime incertum, *d. L. si pœnam. de ver. ob.*; unde et actio præscriptis verbis quæ ex eo genere competit, non solum ex nomine dicitur incerta, sed etiam ex re petita, actio incerti, *L. insulam*, *L. ob eam, infr. de præs. ver.*: non est igitur in eam rem certi condictio: nisi forte quis dicat, actionem præscriptis verbis esse in id quod interest, certi autem condictione peti posse rem ipsam certam de qua convenit. Sed repugnat hic locus, ubi non datur certi condictio, nisi ex ea caussa ex qua prius ipsius natura certum petitur: sed et actio præscriptis verbis quæ datur ex his contractibus, *L. 2. 3. et* 5. *infr. de præs. ver.*, manifestum argumentum habet, ex iisdem certi condictionem non dari: tunc enim actioni præscriptis verbis locus est, cum deficiunt aliæ vulgares et certæ actiones, *L. 1. L. 2. infr. de præs. ver.* Porro certi condictio certæ et usitatæ actionis nomen est, ut supra ostendi; quare non potest dici, ex contractu qui in aliud nomen non transit, competere certi condictionem; eoque nec incertum contractum hujusmodi contractum hoc loco accipere debemus. Atque, ut hoc de nomine incerti contractus hoc loco vitandum est, ita non minus cavendum in exemplis contractus re et ab initio incerti, ex quo tamen postea certum petitur; ne cum Accursio et Bartolo recipiamus exemplum stipulationis faciendi, et in universum, stipulationis ejus ex qua agitur in id quod interest. Concedunt enim stipulationem omnem faciendi, a principio esse incertam, ut est in *L. ubi autem*, §. *qui id quod, infr. de ver. ob.*; sed quoniam in his agitur in id quod interest, *L. si quis ab alio, in pr. et §. ult. infr. de re jud. L. 1. infr. de act. em. L. si pœnam, infr. de ver. ob.*, ideo volunt ex his certum peti; id enim quod interest, quamdiu pendet an intersit, incertum esse, atque hinc stipulationem a principio incertam: at postquam cœpit interesse, quo primum tempore agi potest, summam ejus quod interest natu-

ra certam fieri; quæ dum petetur, recte dicatur certum peti ex contractu incerto, atque hinc eo nomine certi condictionem. Ne id dixerimus.

18 Semper enim id quod interest, † incertum, et cum nondum nostra interest, et cum cœpit interesse. Nam et cum interesse cœpit, etsi per rerum naturam certum est quantum sit; pronuntiatione tamen et petitione est incertum, ut docui ad *L. si pœnam, de verb. obl.* Immo, inquiunt, ideo certum, quia per rerum naturam certum est; neque enim quæ in rerum natura certa sunt, eo minus sunt talia quia apud nos incerta sint, *§. conditiones, Inst. de ver. obl.* Recte dicerent, si hic ageretur tantum de re certa, ac non de re quæ certa petitur. Competit certi condictio, cum certum petitur; qui petit id quod interrest, is pronuntiatione certum non petit. At enim, cum quantitatem ita stipulamur: pecuniam quæ est in illa arca, triticum quod est in illo horreo, dabis? placet stipulationem esse, ut rei certæ, ita et certam; tametsi quantum sit in arca aut in horreo a nobis ignoretur, *L. ubi, §. illud, de ver. ob.* Quindni item dicamus, et petitionem ejus quod interest esse certam, etsi quantum id sit nondum appareat? Non sunt hæc similia; quod enim certo loco continetur, ita est ut locus quo continetur. Locus de quo constat, ut natura certus est, ita et certam probationem habet, quæ non aliam operam desiderat, quam ut veniatur in rem præsentem et inspiciatur qualis sit. Eadem conditio ejus quod eo loco continetur; aperiatur enim arca aut horreum: apertura continuo quantum ibi sit, sine ulla incertitudine declarabit; nec aperturæ mora, aut inficiatio adversarii de summa quidquam minuet aut ei adjiciet. Id quod interest, ut certo loco non continetur, sic nec videtur, aut certi alicujus loci aditione subjicitur oculis. Denique (quod non uno loco testatum est) ejus quod interest probatio tota est incerta et plerumque difficilis: quam ob caussam etiam ad exiguam summam plerumque deducitur, *L. ult. infr. de præt. stip. §. ult. Inst. de verb. obl.* At, saltem cum ad sententiam ventum est, certum fit id quod interest; hic enim judex certæ quantitatis sententiam dicere jubetur, *§. curare, Inst. de act. L. 3. in fi. C. de inut. stip.* Nihil hoc ad rem pertinet; nos enim non quid in condemnatione sit, sed quid petatur hoc edicto quærimus. Petitur autem incertum, cum petitur id quod interest; etsi, facto probato, res eo deducitur ut ostendatur certa aliqua quantitas quam judex in sententia sequatur. Quid ergo, si actor, ut fit, certam quantitatem petitione complectatur qua se æstimare dicat quod sua interest? Non mutat expressio incertitudinem rei aut petitionis; non enim ideo statim tanti ejus interesse dixerimus, quia tantum petit: sed, cum in facto, non in jure versetur quatenus cujusque intersit, *L. quatenus, infr. de reg. jur.*, ideo res facti judici æstimanda permittitur, *L. 3. C. de inut. stip. L. unica, vers. in aliis, C. de sent. quæ pro eo quod inter.*, et hinc fit sæpe quod dixi, ut ad exiguam summam redigatur, *d. L. ult. de præt. stip.* Quid opus est verbis? Diserte scriptum est in *L. ult. supr.* si quis in jus voc. non ie. *in id quod interest, incerti agendum*, ubi intelligitur, incerti actione. Si de eo quod interest, incerti actio est; non potest de eadem re certi condictio competere, contraria enim sunt hæc *certi* et *incerti*. Nisi vero exponimus eo modo quo Accursius *incerti agendum*, ut sit sensus, agendum de eo quod interest, quod prima facie est incertum; certi tamen condictione, quia re vera est certum: quod non tam falsum est, quam ridiculum. Aliud est enim incertum esse, aliud videri: at de incerto genere agere, est agere de eo quod vere est incertum; non ergo de eo quod incertum videtur et non est. Proinde, quæ de eo quod interest actio competit, et incerti actio est et de incerto quod petitur; eoque et de eo certi condictio esse non potest. Sed ne tergiversemur, in *L. 3. C. de inut. stip.* actio ex stipulatu in id quod interest, dicitur actio incerta. Cur incerta? Non utique quia nomine careat, cum de actione ex stipulatu agatur: quod proprium est et usitatum nomen actionis. Ergo incerta ex eo ideo, quia rem incertam petitio continet; id autem est *id quod interest*; ut palam sit actionem de eo quod interest, ut ipsa incerta dicitur, ita simul incerti, idest incertæ rei petitæ esse actionem; quod cum accidit, quia certum non petitur, certi condictio locum habere non potest. Non me movet quod in hac *L. certi, §. 1.* dicitur hæc condictio competere etiam ex Lege Aquilia; ex qua tamen certum est, servo occiso et similibus rebus privatis, non tantum corporis, sed etiam ejus quod domini interest, fieri æstimationem et in id agi posse, *L. ait, §. ult. et LL. seqq. supr. ad leg. Aquil.* Ut enim ex ea lege agi potest in id quod interest; ita nihil prohibet et solius hominis occisi æstimationem quæ certa est, tantum peti, cum nihil amplius absit actori. Quod si fit, ut certum ex ea caussa petitur, ita etiam hoc casu certi condictionem competere ex

edicto dicendum est. Hæc de actione quæ de eo quod interest competit, fortasse hoc loco alienius, eum utrum certi condictio detur eo nomine an incerti actio, quæstio in eo sit, an id quod interest certum sit an incertum; de quo alio loco quærendum est: dixi ad *L. si pœnam. et L. ubi. §. qui id quod. infr. de verb. obl.* Sed tamen, cum incerti contractus ex quo certum petitur, exemplum sumatur ex faciendi obligationibus, ex quibus, cum interesse cœperit, petitur id quod interest, et huc exemplum accommodetur, quasi et eo nomine competat certi condictio; visum est e re esse refellere hunc errorem paulo diligentius, ne deinceps in explicatione hujus loci ullam partem sibi occupet. Dixi de caussa hujus condictionis, tum de re quæ in eam actionem veniat. Reliquum est ex tribus propositis, agendi tempus.

Id autem Ulpianus statuit idem quod re-
19 liquarum actionum; scribit enim † licere hac condictione uti, si præsens sit obligatio: cæterum, si in diem vel sub conditione, ante diem vel conditionem, idest ante quam dies venerit aut conditio exstiterit, agere me non posse; quod jus commune est omnium actionum, *L. cedere, infr. de ver. sig.* Sed quid opus fuit id hoc loco inculcare, eum esset juris certi? Quid opus in hac condictione, cum non magis proprium esset hujus actionis, quam cæterarum? Nempe in cæteris jus certum fuit; in certi condictione, ut sunt verba superiora edicti, potuit de eo dubitari. Proponitur enim hæc condictio, si certum petatur, seu ex caussa ex qua certum petitur. Fieri potest ut ante diem aut conditionem petatur certum; et quamvis nullo jure petatur, tamen semper verum erit peti quod petitur, licet injuria. Ita verbis edicti consequens erit, etiam tunc hanc condictionem competere. Id ergo ne quis ita interpretetur, recte monet, quod in aliis actionibus juris est, hoc idem servandum in certi condictione, ne ante agi possit quam dies obligationis venerit. Non obstat quod datur hæc condictio simpliciter, si certum petatur jure; quia quod secus petitur, perinde sit quasi nec petatur: quo enim petitio quæ effectum non habuit? verba eum effectu sunt accipienda, *L. 1. supr. quod quis jur. L. pen. supr. ne quis eum qui in jus. vo. est. vi exi.*, eaque mens prætoris ex eo satis colligitur, quod non dat prætor hanc condictionem, nisi ex caussa ex qua certum petitur. Non est caussa petendi, nisi ea ex qua quid peti potest: nec potest quidquam peti ex obligatione, nisi ea cujus dies venerit, *d. L. cedere.* Quod ait Ulpianus, ante diem aut conditionem agi non posse, ad jus, non ad factum referendum est: verbis enim agi et peti potest; jure non potest.

Sed an ideo dicitur, ante diem agi non posse, quia non possit eum effectu, idest quia jure quidem nata sit actio, sed exceptione repellatur: an vero quia nulla sit actio ante diem ipso jure, nec in eo desideretur exceptio? Nempe ita, ut ante diem nulla actio nata sit. Quod satis aperte significat, cum ait agi non posse; alioqui ita dicendum fuit, posse quidem me jure ipso ante diem agere, cum actio jure civili consisteret, sed agendi exceptionem obstaturam. Nec minus aperte, cum in hac re diem et condictionem comparat: constat enim, antequam conditio exstiterit, ita agi non posse, ut nondum ulla obligatio nata sit, nedum actio. *d. L. cedere, de ver. sig.* Si quis in hanc sententiam plura desiderat, legat quæ scripsi de tota re accuratius ad *L. cum qui Calendis, §. ult. infr. de ver. ob.*, qua parte de effectu diei adjecti disserui. Exposita est Ulpiani definitio de certi condictione hoc continens, quando hæc condictio competat, seu quæ res locum faciant huic condictioni. Etsi autem ea condictio nihil commune habet cum incerti condictione, quinimo hæ actiones contrariæ sunt; tamen, quia hic proponitur condictio de certo, interim omittitur incertum de quo caveatur, hoc ipsum et de altera specie quærendi occasionem præbet. Occurret enim animo statim hæc dubitatio: quid ergo fiet, si petetur incertum? An quia hic solum auditur condictio certi, nulla autem incerti mentio est, ideo nulla est incerti condictio? an vero, ut de certo certi condictio est, quæ hic proponitur; ita et de incerto esse debet, et est condictio incerti? Quapropter haud abs re est, si et de ea pauca dicamus. Quæstio, si res spectetur, non admodum magni momenti, cum, si de re incerta quæ jure peti potest, sit propria aliqua et specialis actio seu condictio, ut est; non multum referat an et de eadem re incerti condictio aliqua generalis competat, necne. Sed tamen nihil contemnendum quod ad juris intelligentiam facit, præsertim si sit obscurius, quale est id de quo quærimus, in quo et nostrorum sententiæ variant. Quid, si pertinet etiam hæc quæstio ad hujus loci explicationem, aut certe ad ejus qui scribit defensionem? Non potuit a nobis hoc loco sine vitio prætermitti. Et vero pertinet. Cur enim Ulpianus nullam hic condictionis incerti mentionem

fecit, cum non minus incerta petantur quam certa? Licet videre de hac re disputationem Bartoli ad *L. sed etsi me putem*, *§. cum iter. infr. de cond. ind.*

21 Mihi verius videtur quod Joannes putavit, nullam ÷ esse condictionem incerti propositam edicto, ut quidem hoc verbo intelligitur certa actio quæ hoc nomine vocetur, similiter ut certi condictio, ut actio ex empto aut vendito. Multa occurrunt ex quibus id ita esse conjicere liceat. In primis, omissa toto jure hujus condictionis tractatio, nam, si aliqua parte edicti condictio incerti esset proposita itidem ut certi, non fuit caussa cur de una potius ex professo ageretur quam de altera. At de condictione certi hic ex professo agi videmus, nusquam de incerti condictione: ex quo intelligitur hanc nullam propositam fuisse. Non requiro ut de condictione incerti specialem aliquem titulum habeamus, quo videatur fuisse in edicto: quam rationem eum quidam reddidissent superioris sententiæ, merito sunt a Bartolo reprehensi; potuit enim de ea tractari, etiam si specialem titulum nullum haberet. At duabus condictionibus in medio positis, una certi, altera incerti; qui de certi condictione tractationem susceptam videt, recte alterius æque propositæ tractationem requirit, aut, hac tractatione omissa, merito alteram istam condictionem non fuisse propositam colligit. Sed mitto pleniorem tractationem. Quid, quod ne nominatur quidem usquam incerti condictio ita, ut dicatur competere ex iis caussis, ex quibus incertum petatur? Nulla igitur condictio talis admittenda est. Constant enim actiones juris auctoritate, cum sint omnes civiles aut prætoriæ, *L. actionum*, *§. ult. infr. de obl. et act.* *§ sed istæ*, *Inst. de act.* Ita, ubi aliqua jure aperto prodita probari non potest, eam nec nos recipere debemus. Et certe mirum esset de certi condictione definitionem tradi, competere hanc actionem ex omni caussa ex qua certum petitur: de condictione autem incerti nullam talem definitionem exstare, si quidem esset aliqua condictio ejusmodi. Accedit ad hæc quod, si esset aliqua incerti condictio, conveniebat hanc proponi eodem loco in quo certi condictio proponitur, ut species uni generi subjectæ eadem parte edicti comprehenderentur; præsertim cum certum et incertum species sint ita contrariæ, ut qui de una audierit, continuo ex adverso occurrat quod quærat aut etiam colligat de contraria. Itaque et hic locus fuisset utramque proponendi et expiscandi. At in hoc titulo in quo tractatur de certi condictione, ne vestigium quidem ostenditur de condictione incerti: ex quo conjecturam facere possumus, eam neque hoc edicto neque ullo alio fuisse propositam. Postremo, si est ulla incerti condictio, evenire oportet in ea quod in certi condictione: ut, quemadmodum hæc competit ex omni caussa ex qua certum petitur; sic et condictio incerti competat ex omni caussa ex qua incertum petitur, ut in utroque genere eadem caussa eamdem actionem ubique pariat. Quod si, vel in una aliqua specie in qua incertum petitur, probari potest non esse ullam actionem quæ vocetur condictio incerti; certum argumentum id esse debet, ne in cæteris quidem caussis ex quibus idem petitur, ullam talem esse proditam. At occurrunt plures species hujus generis. Primum, cum do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; si contractus in aliud nomen non transeat, ex omnibus petitur incertum; agitur enim ex omnibus, ut dixi, in id quod interest, *L. naturalis*, *§. et si quidem*, et *§. at cum do*, *infr. de præs. ver.*; ex his tamen condictionem incerti competere inauditum est. Ac ne competere quidem potest, postquam ex his actio est præscriptis verbis, cui tunc solum locus est, cum deficiunt vulgaria et usitata actionum nomina. *L.* 9. 3. *infr. de præf. ver.* Sed nec ex stipulatione incerta competit actio quæ vocetur condictio incerti. Traditum est enim, ex stipulatione duas tantum proficisci actiones; condictionem certi si certa sit stipulatio, et ex stipulatu si sit incerta. *Inst. de ver. obl. in pr.* Ex stipulatu, inquam, sola datur ex stipulatione incerta; non ergo condictio incerti, neque enim idem est actio ex stipulatu et incerti condictio. Ex quo efficitur, nec ex aliis incertis caussis esse ullam incerti condictionem; semper intelligo eam quæ hoc nomine appellatur, et hoc sentio generalem hinc nullam esse propositam, quæ competeret ex omni caussa ex qua incertum petitur, ut proposita est certi condictio ex omni caussa ex qua certum petitur. Quod ergo quibusdam locis legimus, incerti condici, incerti condictionem competere, incerti condictione agi, ut in *L. qui exceptionem*, *§. si pars*, *infr. de cond. ind. L. si heres infr. de act. em. L. sed etsi mea*, *§. 1. infr. de cond. ind. L. si tibi liberum*, *infr. de act. em. L. quod si nulla*, 60. *infr. de legat.* 1. *L. hoc senatusconsultum*, *§. 1. supr. de usufr. ea. ver. L. et ideo*, *in fi. infr. de cond. fur.*, in omnibus, condictionis verbo, condictionem specialem et propriam earum caussarum de quibus illic agitur, accipere debemus;

condictionem tamen incerti, idest rem incertam, seu de re incerta, ut hic incerti verbum non faciat ad actionis nomen, sed proprie et naturaliter significet rem ipsam de qua agitur. Hoc non difficile probabitur ei qui animadverterit, in supra scriptis locis quibus in caussis incerti ista condictio nominatur, in his competere proprias condictiones aut indebiti, aut ob caussam, aut furtivam: indebiti quidem in prioribus quinque locis quos retuli; ob caussam autem in *L. hoc senatusconsultum, §. 1. de us. ea. rer.*; furtivam in *L. et ideo, de cond. fur.* Itaque illæ ipsæ condictiones, aut si quæ sunt aliis suis caussis convenientes, accipiendæ sunt; sic tamen, ut intelligatur esse incerti, idest de re incerta, quia sunt in id quod agentis interest. Neque novum est actionem incerti ita dici, non quæ ita vocetur, sed quæ appellata alio nomine, sit ad rem incertam. In *L. ult. supr. si quis in jus voc. non. ier.* scriptum est: *eum quis judicio sisti promiserit neque adjecerit pœnam si status non esset, eum eo incerti agendum esse in id quod interest.* His verbis *incerti agendum*, perspicuum, est non exprimi certam actionem quæ vocetur incerti actio seu condictio; ex stipulatione enim illic proposita, si incerta est, non competit nisi actio quæ vocatur ex stipulatu, *Inst. de ver. ob. in pr.*; sed dicitur ea actio incerti, quia est incertæ rei; additur enim *agi in id quod interest*, quod est incertum, ut sæpe jam dixi, *d. L. si pœnam, infra de verbor. oblig.* Hoc Papinianus indicat apertius in *L. 4. infr. de usur.*, cum ait: *si quis stipulatus sit rem dari vacuamque possessionem tradi, eum fructus postea captos, actione incerti ex stipulatu consecuturum.* Hic actionis incerti verbo, proprium nomen actionis intelligi non potest, cum dicat competere actionem ex stipulatu; sed hanc vocat incerti, quia nascitur ex stipulatione incerta et est rei incertæ, nempe in id quod interest; proponitur enim stipulatio rem tradi, idest faciendi: quo in genere in id quod interest agi jam ante diximus. *d. L. si quis ab alio, in pr. et §. ult. infr. de re jud. L. 1. infr. de act. em.* Sic et ab eodem Papiniano dicitur legatum incerti esse, pro eo quod est rei et summæ incertæ in *L. tribus, infr. de us. ear. rer.* unde et de cautione eo nomine interposita, ibidem *incerti esse agendum*, scribit eodem sensu; nec alio sensu idem stipulationem dicit incerti esse quæ factum continet, in *L. liber. § ult. infr. de verb. obl.*

Quæretur fortassis cur prætor de certo † proposuerit certi condictionem generaliter ex omnibus caussis; de incerto autem generaliter non proposuerit incerti condictionem. Probabilis conjectura hæc est (nam extra conjecturam longius hic progredi non possumus), quod certæ caussæ nonnullæ desiderabant actionem certam, seu certi nominis; de his visum est, quod necesse fuit, certi condictionem proponere. Per hanc autem occasionem factum est ut proponeretur generaliter de omnibus ex quibus certum petitur, ut supra docui: in caussis incertis, ut proponeretur incerti condictio ex omnibus, ejusmodi occasio ex uno aliquo contractu sumpta defuit. Ex contractibus, quorum nullum nomen est, incertum petitur; sed noluit prætor ex his certi nominis actionem proponere, ne actio a contractu discreparet. Ex stipulatione quæ proprio nomine appellatur, proposuit et certi nominis actionem, etsi stipulatio incerta sit, et ex ea petetur incertum; sed actionem ex ipso contractu appellatam *ex stipulatu*. Ita, cum speciales caussæ nullæ existerent quæ desiderarent condictionem incerti; propriis actionibus contentus fuit prætor, nec occasio incerti condictionem peperit. Ex hac disputatione, si nihil aliud, certe hoc assequimur ne miremur cur nusquam agatur de condictione incerti generali, ut de condictione certi hic agi videmus. Constatque hinc Ulpiano rationem, cur certi condictionem proponens aut propositam explicans, de incerti condictione nullum verbum fecerit; hæc enim ita fieri, necesse fuit, si nulla proposita est incerti condictio, ut nullam esse ostendimus. Assequimur et illud ut vere dici intelligamus, ex stipulatione incerta unam esse actionem quæ dicitur ex stipulatu, *Inst. de ver. obl. in pr.* nec metuamus ne hoc falsum videatur, quasi ex incertis caussis incerti quoque condictio competat, quoniam hæc condictio nulla est. Eadem res facit ut, cum ex contractibus incertis dicimus esse præscriptis verbis actionem, simul vere dici intelligamus hanc actionem non competere, nisi ubi aliæ actiones certæ et vulgares deficiunt; quia vere et hic condictio incerti deficit, quæ jure non est prodita. 12

Ad §. *Competit hæc actio.*

Competit hæc actio etiam ex legati caussa et ex lege Aquilia. Sed et ex caussa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed et si ex Senatusconsulto agetur, competit hæc actio; veluti, si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet. Sive autem suo nomine quis obligatus sit, sive alieno, per hanc actionem recte convenitur.

S U M M A R I A.

1. *Rem legatam etiam quæ facta sit legatarii, condici posse.*
1. *Condicere rem suam neminem posse, quomodo accipiendum.*
3. *Certi condictio etiam ex lege Aquilia.*
4. *Condictio certi quibus et adversus quos competat.*

1 Competit, inquit, hæc actio etiam † ex legati caussa. Etiamne, si species legata sit quæ fuerit testatoris? Movet quod rei legatæ dominium quod hereditatis fuit, recta via in legatarium transit, ut in heredem res singulæ, *L. legatum*, 50. *infr. de legat.* 2, *L. a Titio. infr. de fur.* Sic autem est regula juris neminem rem suam condicere posse. idest actione in personam petere, præterquam a fure, *L. ult. in fin. supr. usufr. quem. ca.* §. *sic itaque, Inst. de act.* Et si potest res legata quæ legatarii facta sit, non tantum vindicari, sed etiam actione in personam ex testamento peti, erit haud dubie et ejus rei nomine certi condictio adversus heredem ex supra scripta definitione; sic enim dabitur hæc actio ex ea caussa et obligatione, ex qua certum petitur. Verius est autem de hac ipsa re legatario etiam actionem in personam dari. Verba constitutionis Justiniani in *L.* 1. *ver. rectius, C. com. de legat.* id efficiunt; cavet enim diserte se omnibus tam legatariis quam fideicommissariis, non solum actionem personalem præstare, sed et in rem: quibus verbis, aperte vult in eamdem personam concurrere has actiones. Sed et hoc significatur apertius jure vetere, cum ita fit facultas utendi legatariis pluribus actionibus legatorum, ut possint ex una quam elegerint, legatum petere, *L. cum filius*, §. *variis, infr. de legat.* 2. Non est electio, nisi ei qui eodem tempore utramque constitutam
2 habeat, ut utra velit possit experiri. † Non obstat quod dicitur, neminem rem suam nisi furi condicere posse: hoc enim sic accipiendum est, si quis condicat ut suam, ubi is qui agit, se dominum esse dicit, et nihilominus rem sibi dari oportere intendit, se ipsum excludens videlicet; quia quod alicujus est, id amplius ejus fieri non potest, *d.* §. *sic itaque, Inst. de act.* Cæterum, si legatarius, ut de re quavis simpliciter legata, etsi aliena sit, agat, de qua præstanda heres obligatus est, recte agit; obligari enim heredem constat, ut rem legatam præstet. §. *heres. Inst. de obl. quæ ex qua. cont.*: si alienæ rei nomine, multo magis ejus de qua testator pro suo jure statuere potuit. Quod si legatarium ideo removebit heres, quod dicat rem testatoris esse quæ legata est; neque statim ei fides habebitur, et si haberi sibi postulet, tanto magis ipse se refellet; tantoque magis se teneri ostendet ut rem restituat, quo, invito legatario eodemque domino, se contrectare fateatur. Quinimo, hoc ipso etiam actionem in personam et condictionem certi magis confirmabit, quia sua ipsius confessione fur sit, atque ob id etiam teneatur condictione furtiva, *d.* §. *sic itaque, Inst. de act.* §. *ult. Inst de obl. quæ ex del.* Ex caussa autem furtiva, itidem ut ex aliis actionibus in personam, certum condici potest, ut hic paulo post scriptum est.

ET EX LEGE AQUILIA) † Servo occi- 3
so, damni nomine ex lege Aquilia varie agi potest; nam, si quid ultra corporis æstimationem, domini interest eum servum occisum non esse, agitur in id quod interest, et una cum corpore occisi etiam id æstimatur; sin præter corporis æstimationem, domino nihil abest, hæc sola petitur, *L. ait*, § *ult.* et *L. seq. supr. ad leg. Aq.* Æstimatio certi corporis et ipsa certa est; proinde, si hæc petetur, etiam hoc nomine certi condictio

competet ex caussa legis Aquiliæ. Quod si agetur ex hac lege in id quod interest, jam ante dixi non posse locum esse huic condictioni: quia id quod interest sit incertum: non detur autem hæc condictio nisi tunc, cum certum petetur.

SED ETSI EX SENATUSCONSULTO). Dixerat qua ex caussa certi condictio competat:
4 † nunc ex eadem definitione ostendit quibus et adversus quos. Ac quibus competat, declarat exemplo ejus cui ex fideicommisso restituta est hereditas: cum enim ait etiam huic agere volenti, competere hanc actionem, non aliud dicere intelligitur quam, ut ex omni caussa et obligatione ex qua certum petitur, hæc condictio competit; ita competere eam omnibus ad quos ex illis caussis actio pertinet, seu qui ex illis caussis possunt, certum petere: non tantum si sint ipsi creditores cum quibus res contracta est, sed etiam si sint creditorum heredes; nec tantum si heredes, sed etiam si ii qui habeantur heredum loco, et ad quos utiles tantum actiones transeant; qualis est is cui fiduciaria, idest fideicommissaria hereditas restituta est ex senatusconsulto Trebelliano, *L. 1 infr. ad Treb. §. restituta. Inst. de fid. her.* Adversus quos autem detur actio, indicat eum subjicit per hanc actionem recte conveniri, sive suo nomine quis obligatus sit, sive alieno; significat enim eam adversus omnes dari, qui ex ea caussa et ea obligatione tenentur ex qua certum petitur, eum detur etiam adversus eos qui alieno nomine sunt obligati: ubi alieno nomine obligatos, generaliter accipere debemus eos qui ex alterius persona et contractu, seu ex obligatione eum alio contracta conveniuntur, non fidejussores solum, sed heredes, omnique generis successores; patres item et dominos ex contractibus filiorumfam. et servorum.

Ad §. *Quoniam igitur.*

Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit; sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive conjunctim; referendæ sunt nobis quædam species quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem eorum sufficiat.

Posita hac definitione, competere certi condictionem sine exceptione, ex omni caussa et omni obligatione ex qua certum petitur; pertinebat ad explicationem et confirmationem ejus definitionis, curare ut, si qua species videretur adversari, in qua dubitaretur videlicet an hæc condictio competeret, illic dubitatio removeretur ostenderetur que, etiam in ea specie hanc condictionem competere et superiorem definitionem esse veram. Hujusmodi dubitatio quia quibusdam in caussis circa mutuum accidit, ideo fecit Ulpianus ordine et certa ratione, ut de his hoc loco subjiceret, et in his illud ostenderet quod dixi; quoniam, inquit, *ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit. ideo referendæ sunt nobis quædam species quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad earum petitionem sufficiat.* Quæ dignum tractatum habent, idest quæ dignæ sunt in quibus tractetur an hæc condictio, atque adeo an ulla actio competat; dignæ autem ideo, quia in his merito dubites an, quamvis pecunia mutuo data sit, tamen ulla sit condictio propter justas caussas quæ in singulis occurrunt. Sunt hujus generis species in summa tres, quæ ab hoc loco usque ad finem capitis ab Ulpiano referuntur. Prima est de pecunia mutuo data, quam creditor eodem tempore reddi stipulatus est, sed inutiliter, quocumque tandem modo inutiliter sit stipulatus; de qua in §. *numeravi, et seqq.* 3. usque ad §. *si nummos;* omnes enim ad unam hanc speciem pertinent. Secunda, de ea pecunia, quam quis mutuo dedit alterius nomine; de qua in §. *si nummos.* Tertia, de pecunia quam dominus deposuit apud aliquem, qua deinde uti depositario permisit; de qua in §. *ult. et L. seq.*

Ad §. *Numeravi.*

Numeravi tibi decem, et hæc alii stipulatus sum: nulla est stipulatio. An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus; uno qui re factus est, idest numeratione; alio qui verbis, idest inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? et puto posse.

Ad §. *Idem erit.*

Idem erit si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credidi; nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

Ad §. *Idem quæri potest.*

Idem quæri potest, et si quod tibi numeravi, sub impossibili conditione stipuler; cum enim nulla sit stipulatio manebit condictio.

Ad §. *Sed et si ei.*

Sed et si ei numeravero cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler; puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi acquirit.

SUMMARIA.

1. *Mutuo data pecunia si in stipulatum deducta sit, si quidem stipulatio utilis est, ex stipulatione actio est; si inutilis, saltem ex numeratione condictio; et cur.*
2. *Novatio quando contigeret olim, pupillo posterius stipulante.*

Prima, ut dixi, species mutui in qua Ulpianus hoc loco tractat an ulla condictio competat, hæc est: cum qui pecuniam numeravit crediti caussa, simul eam reddi stipulatus est, sed ita ut stipulatio esset inutilis. Quam speciem complexus est quatuor §§. seqq.; tot enim periodis hanc rem distinxit, quia totidem modis potest accidere ut quam pecuniam quis mutuo dedit, stipuletur eam inutiliter. Sed ut possit intelligi, in hac varietate stipulationis inutilis, species quidem numero plures proponi; cæterum, ratione ad unum genus referri omnes, ut quæ eadem ratione et notione inter se conjungantur;
1 † Ulpianus uni definitioni juris omnes subjecit, statuens, in his ex stipulatione quidem agi non posse, sed ex numeratione pariter in omnibus certi condictionem futuram. Et ex stipulatione quæ jure improbetur, actionem non esse constat, cum stipulatio perinde sit jure quasi interposita non esset. *L. non dubium, C. de leg.* Sed quæ potest caussa afferri, cur probabiliter dubitetur an hic actio non competat ex numeratione; cum videamus pecuniam esse numeratam, et quidem ita ut esset credita, non donata? Justa caussa hæc est, quæ eadem movit Ulpianum ut initio diceret, in hac specie quæstionem dignum habere tractatum, quia non omnis numeratio obligationem parit, sed tunc so-

lum cum hoc ipsum agitur, ut obligatio nascatur, *L. non omnis, infr. eod.* At cum is qui pecuniam dat, ita dat ut eam stipuletur reddi, hoc factum arguit, non id agi ut obligatio nascatur ex numeratione, sed ex stipulatione; quo fit ut hic actio ex numeratione nasci non possit. Et vero recepta est hæc sententia in eo qui pecuniam mutuam dans, eamdem sibi reddi utiliter stipulatus est; placuit enim in hac specie non duas obligationes nasci, sed unam, et eam quidem verborum, non ex mutuo aut numeratione, *L. si ita stipulatus*, *§. Chrysogonus, infr. de ver. ob. L.* 6. *§. ult.* et *L.* 7. *infr. de nova.*, et quidem in *d. L.* 7. adjicitur nominatim ratio, quia id agatur ut sola stipulatio teneat. Non minus igitur et hoc idem probandum videtur, cum stipulatio adjecta fuit inutilis, quia et tum idem agi intelligitur. Nec ad rem pertinet quod qui pecuniam a se datam stipulabatur, putabat se utiliter stipulari; nam hoc ipso voluit non agi ex numeratione, sed ex stipulatione, quia stipulationem valere existimabat, arg. in *L. quod meo*, *§. si furioso. infr. de acq. poss.* Ulpianus adversus hanc dubitationem statuit hoc loco quod supra dixi, remota in proposito stipulatione, pecuniam datam, per hanc actionem condici posse hac ratione, *quasi hic duo contractus intervenerint; uno qui re factus est, id est numeratione; alio qui verbis, idest inutiliter*; quibus verbis occurrere videtur superiori objectioni. Perinde est enim quasi diceret duos hic esse contractus, non ita quidem ut ex utroque agi agi possit, sed tamen ita ut saltem possit ex uno, et inde pecunia peti: et si quidem stipulatio valeat, ex hac sola agi posse, quia id actum est; quod si stipulatio sit inutilis, hoc relinqui ut saltem agi possit ex numeratione. Unde intelligimus, quod dicitur, cum stipulatio numerationi adjuncta est, hoc agi ut stipulatio sola teneat, id Ulpianum tunc solum probare cum stipulatio utilis est, non etiam eum est inutilis. At enim et qui putat esse utilem, eodem hoc animo est ut ex stipulatione agatur, non ex numeratione, ut supra diximus. Et est omnino hoc animo, quia errat; verumtamen non absolute, sed sub conditione si stipulatio sit, ut putat, utilis; alioqui hoc animo est ut saltem pecuniam repetat ex numeratione; quod vel maxime stipulatio ab eo subjecta arguit. Declarat enim, non sic eum pecuniam dare ut donet, sed ut repetat; huic enim rei stipulatio interponitur. Non potest autem eam consequi, nisi ex stipulatione aut numeratione; neque potest consequi ex stipulatione, ubi stipulatio est inutilis. Ita restat ut velit saltem ex numeratione; quamobrem et numerationi sua vis manebit. Idemque in hujus persona accidit, quo in eo qui indebitum per errorem solvit; ut enim is in hoc errore id agit ut nunquam repetat quod solvit, quia putat se debere et solvendi animo dat; ita, si non debeat, contraria de caussa apud se hoc animo est ut repetat; quam ob caussam et tamquam in re ex contractu gesta, ei condictio indebiti datur, *§. 1. Inst. quib. mo. re con. ob. L. si in area, infr. de cond. ind.* Bene igitur statuit Ulpianus, ex numeratione hic certi condictionem fore; idque ita esse, quocumque tandem modo adjecta stipulatio sit inutilis, sive quod creditor qui pecuniam numerabat, stipulatus sit eam alii reddi; sive quod a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus sit qui prius eam pupillo tutore, auctore, crediderat; sive quod stipulatus sit impossibili conditione; sive quod stipulatus sit ab eo cui bonis interdictum est, cui paulo ante interdictionem numeraverat. Sunt enim hæ species stipulationis quas subjicit, in quibus omnibus stipulatio est inutilis, nam alteri stipulari non possumus, *L. stipulatio ista, §. alteri, infr. de ver. ob. L. quæcunque gerimus, infr. de obl. et act.* Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur, *L. obligari, infr. de auct. tut.* Prodigus nullo modo, *L. is cui bonis, infr. de ver. ob.* Et sub impossibili conditione nulla obligatio contrahitur, *L. non solum, infra. de ob. et act. §. si impossibilis, Instit. de inut. stip.* Quod ait Ulpianus in *§. numeravi*, in specie proposita quasi duos contractus intervenire, recte adjecit *quasi*. Videntur enim duo esse, si facta consideres seorsum a consensu; re autem vera et ut est animus contrahentium, unus est tantum contractus; stipulationis quidem, si creditor pecuniam quam dabat, utiliter sit stipulatus, *d. L. 6. §. ult. et L. seq. infr. de novat.*; numerationis autem et mutui, si stipulatio fuerit inutilis, ut hic traditur; idque, ut dixi, consensus contrahentium exigit. Quod dicit in *§. idem erit*, pupillum ex numeratione mihi teneri, cui ego pecuniam tutore auctore credidi, etsi ab eo eamdem pecuniam postea stipuler, si modo stipuler sine tutoris auctoritate; significat, posteriore hac stipulatione prioris obligationis novationem non fieri: nam, si fieret, nullo modo teneretur pupillus; cum et prior obligatio sublata esset novatione, et posterior nulla esset, atque ita res creditori amitteretur, *§. præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.* $\frac{1}{2}$ 2
Videndum igitur num sit hoc ei contrarium

quod idem Ulpianus scribit. in *L. 1. in fin. infr. de novat.*, omnem obligationem verbis novari posse, si vel naturaliter sequens obligatio teneat; et addit exemplum, *ut puta*, inquit, *si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.* De jure vetere loquimur, quo hæc ab Ulpiano scripta sunt quæ sunt in *d. L. 1*; nam ex constitutione Justiniani nulla nunc neque a pupillo, neque ab alio novatio fit, nisi id ipsum posteriore stipulatione expressum sit ut novatio fieret, *L. ult. C. de novat.* Sed nihil hic ne jure quidem vetere contrarium. Animadvertendum est enim non dicere Ulpianum, obligationem omnem novari, si quod prius debebatur, pupillus sine tutoris auctoris auctoritate promiserit; sed obligationem novari posse. Verum est hoc casu, obligationem novari posse, si aliquando potest, etiam si non semper. Hoc vero ita erat in jure vetere, ut aliquando fieret novatio, si pupillus id quod debebatur, quamvis sine tutoris auctoritate, promisisset; sed non semper eveniebat: nam ne tunc quidem id contingebat, cum aut ipse tutore auctore promisisset, aut etiam major annis, qui per se posset obligari. Si quod alius debebat, id creditor stipulabatur a pupillo; interventu novæ personæ fiebat novatio, itidem ut si ab alio quovis stipulatus esset. Sed, etsi stipulatus esset a pupillo quod ipse pupillus debebat, fiebat novatio, si quid amplius fuisset in posteriore stipulatione; sic enim ex interventu novæ vel personæ vel rei, veteres novandi animum colligebant. *§. præterea, Inst. qui mod. tol. obl.* Propter hos casus vere dictum est, pupillo postea promittente, novationem fieri posse, etsi sine tutoris auctoritate promiserit; quia si quid eorum contigisset, novatio fiebat. Quod si quod pupillus debebat, id ipsum creditor stipulatus esset ab eodem, nullo modo ne olim quidem novatio fiebat, quantumvis pupillus promisisset idem tutore auctore. Nam, nec alio quovis debitore idem quod debebat promittente, novatio contigisset; quia nihil novi intervenisset in posteriore stipulatione, unde animus novandi posset colligi, *d. §. præterea.* De ea autem specie hic agitur, ut non sit cur in ea, ob posteriorem stipulationem cum pupillo interpositam, vel ex vetere jure vel ex novo metuere debeamus prioris obligationis novationem.

Ad §. *Si nummos.*

Si nummos meos tuo nomine dedero; velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit, acquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus, libro decimo scribit, veram esse Aristonis sententiam; nec dubitari quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio; cum quotidie credituri, mutuam pecuniam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

SUMMARIA.

1. *Mutua pecunia mea, tamquam Titii esset, Titii nomine tibi data, Titio condictionem acquiri.*
2. *Mutua pecunia mea Titii nomine tibi data, dominium pecuniæ Titio quæsitum, et ab eo pecuniam profectom videri.*
3. *Hoc tunc cum monitus, mutuum rotum hobuit; ignoranti, nec dominium pecuniæ ab alio mutuo datæ, nec condictio acquiri potest, quamvis ejus nomine pecunia mutuo data sit.*
4. *Consuetudinem erroris, quamvis communem, pro jure non habendam.*
5. *Mutuum alieno nomine ignorantis si dedi, repudiante eo nomen, mihi condictionem ob causam competere.*
6. *Mutuam pecuniam meam, ut meam si dedi, ea lege ut Titio redderetur, Titio conditionem non acquiri.*

ALTERA species proponitur, in qua item ut in superiore, pecuniam mutuo datam esse constat; sed et in ea justa dubitatio est, an ex
1 numeratione ulla actio nascatur. † Dedi alicui nummos meos mutuo, sed dedi tamquam tuos, sive quod dicerem tuos esse, sive quod ita darem ut dicerem me velle esse tuos; et præterea dedi tuo nomine, idest ita ut tibi red-

derentur, et qui accipiebat, soli tibi obligaretur ex ea caussa, quasi a te mutuum accepisset. Accessit hoc etiam ad dubitationem, quod dedi absente te et ignorante. Quæritur an ex ea numeratione ulla sit actio. Nullam esse quis dixerit, quia nec mihi esse possit, nec tibi. Non utique mihi, quia id actum est ut tibi acquireretur obligatio, non mihi; nec, præterquam quod actum et consensum est, ulla numeratio accipientem obligat, *L. non omnis, infr. eod.*; tibi, ut videtur, multo minus. Regulæ juris reclamant, quæ vetant quemquam ita contrahere, ut alter suo nomine agat; et generaliter per liberam personam quæ juri nostro subjecta non sit, quidquam acquiri vetant, præter possessionem et per possessionem dominium, *L. quæcunque gerimus, infr. de obl. et act. L. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, infr. de ver. obl. L. 1. C. de acq. poss.*; ut dicendum sit in hac specie quod in simili breviter et argute comprehensum est in *L. multum, C. si quis alt. vel sibi*, actionem nec mihi quæsitam esse nec tibi, dum mihi nolo, et tibi non possum.: vel quod aliis verbis in eandem sententiam non minus eleganter dictum est in *L. si genero, C. de jur. do.*, nec mihi, cessante voluntate, nec tibi pro h benle jure, quæri potuisse actionem; et omnino mihi ex hoc mutuo condictio non acquiretur, quia sit præter conventionem, arg. *d. L. non omnis, infr. eod. L. 1. §. 1. supr. de pact.* Verum alterum admittit Ulpianus de sententia veterum, condictionem tibi acquiri: sed opponuntur, ut dixi, regulæ juris, quæ ex alieno contractu alteri actionem acquiri non sinunt; de quo neque Ulpianus, neque veteres quidquam respondent. Dicendum est, si, pecunia a me tuo nomine data, ita res acciperetur, quasi ego mutuum cum accipiente contraxissem, non potuisse me cum alio contrahendo, tibi obligationem vel actionem acquirere ex hoc contractu; generaliter enim et sine exceptione ita definitum est in *L. quæcunque gerimus infr. de obl. et act.*, contrahere nos, ut alter suo
2 nomine recte agat, non posse: † sed quod
tuo nomine mutuum dedi, perinde habendum est quasi tu accipienti dedisses, non ego; denique, quasi mutuum a te esset profectum, non a me; quo fit ut, si hinc tibi acquiritur actio, hic eveniat, maxime secundum regulas juris, ut tibi acquiratur ex contractu et facto tuo, non autem ex alieno. Quominus tamen id dicamus, duo obstant; dominium rei datæ, et personarum consensus. Nam, cum in mutuo dantem dominum esse oporteat, *L. 2. §. ult. sup. eod.*, et præterea, in contractu rem ita geri, ut qui dat cum accipiente consentiat, quia nullus est contractus inter aliquos sine eorum conventione et consensu, *L. 1. §. 1. supr. de pact.*; horum utrumque videtur in proposito, tibi cujus nomine nummos dedi, pariter defuisse; nam neque antea dominus pecuniæ fuisti, et res proponitur gesta absente te et ignorante, proinde nec consentiente. Sed ne ob has caussas hic removeatur mutuum, et tibi, tamquam re a te non contracta, negetur condictio: animadverti debebit utrumque in hac specie intervenire, ut et tu voluntate mea dominus pecuniæ effectus sis, nec prius condictio tibi acquiratur quam tu in re tuo nomine gesta consenseris; quibus de caussis, veteribus et Ulpiano recte placuit hic tibi acquiri condictionem. Dominus eorum nummorum mea voluntate factus es; quia cum ego constitui tuo nomine possidere nummos, statim eorum possessio tibi volenti possidere acquiritur, *L. quod meo, in pr. infr. de acq. poss.*, ac per possessionem etiam dominium, ubi id agitur ut nummi tui fiant, *L. traditio, §. ult. infra, de acq. rer. do.* Id ad hanc speciem non pertinet, dixerit aliquis, quoniam neque hoc modo, neque alio ullo nobis possessio acquiritur, nisi possidere volentibus, ut et supra recte complexi sumus, *L. ea quæ, infr. de acq. rer. do.* Non videtur autem in proposito volenti tibi possessio acquiri posse, ubi abfueris et ignoraveris quid tuo nomine ge-
reretur. † Recte hoc dicitur, quamdiu abes 3
et ignoras quid actum sit; sed quod hic dicitur acquiri tibi condictionem, sic intelligendum est, tibi volenti acquiri, cum scilicet admonitus me nummos meos dedisse tuo nomine quasi tuos, ratum habes quod gestum est. Hæc ratihabitio secuta, non ex illo solum valet ex quo ratum habes; sed retrotrahitur, ut jam a principio videantur omnia tua voluntate esse gesta, quasi te præsente et mandante gesta essent, *L. ult. C. ad Maced. L. licet, supr. de jud.* Nam quod de tua ratihabitione nihil nominatim hic adjicitur, ideo factum est quia non fuit necesse; cum satis intelligeretur ex quæstione quæ ita proponitur, quasi tu ex ea caussa velles agere, et solum hoc quæratur an tibi competat actio: de quo, ut nihil hinc liqueret, tamen necesse est ita intelligi; cum plus quam certum sit, invito neque possessionem, neque dominium, neque actionem, nihil denique acquiri posse, *L. invito, infr. de reg. jur.* Ex his potest intelligi quid de consensu respondeamus; nempe, quamdiu abes et ignoras, non con

sentis; proinde et mutuum pendet, neque interim acquiritur tibi condictio; sed admonito et agere volenti continuo acquiritur, quia ideo agere vis, quod negotium tuo nomine gestum ratum habes; quo fit ut jam videatur mutuum tuo consensu ab initio esse contractum. Ut autem perspicere liceat Ulpianum sentire, condictionem tibi in proposito acquiri ob eam solum caussam quod ratum habeas ut dixi, ipse ad confirmationem prioris sententiæ suæ utitur hoc argumento: Nam, si dederim alicui pecuniam mutuam tuo nomine, idque voluntate et mandatu tuo, non dubitatur quin tibi acquiratur obligatio; ex quo intelligi vult, idem et tunc probandum esse cum dedi tuo nomine, licet absente te et ignorante. Nun recte, dicet aliquis, ista tam dissimilia Ulpianus comparat, cum illic te volente res geratur, hic nullo modo te consentiente. Huc ita esset, si tu in specie proposita nunquam probares quod tuo nomine gestum est: nunc, cum ita velimus tibi condictionem acquiri, si gestum ratum habeas; nihil potuit fieri melius quam quod istas species inter se comparare: certi enim juris est, ratihabitionem mandato comparari, *d. L. ult. C. ad Mac. L. 1. §. quoties, infr. unde vi.* Cur ergo, cum tuo nomine dedi pecuniam mandatu tuo, condictio tibi acquiritur? nun alia de caussa omnino, quam quia quod tuo mandatu feci, perinde habetur quasi abs te factum esset, argum. *L. 5. §. gessisse, infr. de ad. tut. L. 1. §. dejecisse et seq. infr. Unde vi.* Sit ergo idem juris et tunc cum pecuniam dedi te ignorante tuo nomine, et re cognita, quod gestum est ratum habuisti. Addit Ulpianus, tanto magis hanc sententiam de condictione in proposito tibi acquirenda retinendam, quod *quotidie credituri, mutuam pecuniam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro*; in quo omnes admittunt mutuum
4 contrahi, et nobis acquiri condictionem. † Quibus verbis non significat, quamvis id contra jus fiat, tamen admittendum esse tantum ideo quia fieri solitum sit; nihil enim contra jus, quod non injustum; nec quidquam injustum admittendum, quocumque errore et quacumque licentia homines contra faciant, *L. non dubium, C. de leg.*: sed hoc significat, superiorem sententiam ideo admittendam, quia utilis sit et ex regulis juris; hujus autem rei argumentum esse, quod vulgo recepta sit, et secundum hanc mutuum confici et valere; ut intelligamus in eo argumentum esse non ab errore vulgi, sed a consensu et auctoritate jurisprudentium, quibus assentientibus, hujusmodi mutuum vulgo receptum sit et sit in usu; quo argumento, multa pro jure certo proponi in libris scimus, ut indicant *L. 2. infr. de usur. L. quod vulgo, infra, pro em. L. 1. §. quod vulgo, infr. Unde vi.* Quid, si tu, cum rescisti nummos meos a me tuo nomine datos, id ratum non habeas et numen repudies? Jam dixi conditionem tibi non acquiri, absurdum enim esse acquiri invito, *L. invito, infr. de reg. jur.* † Quid mihi, an non hoc casu saltem condictio dabitur? Tamquam ex mutui caussa condictio mihi competere non potest: non enim dedi nummos ut mihi eo nomine obligatio acquireretur; neque porro in re quæ ex consensu pendet, aliter acquiri potest, *d. L. non omnis, infr. eod. L. multum, C. si quis alt. vel sibi.*; sed condictio dabitur ob caussam dati, caussa non secuta: dedi enim ut mutui obligatio alteri acquireretur: quæ caussa cum hic secuta non sit, locum faciet huic condictioni, *L. si extraneus, infr. de cond. cau. dat.* † Quid, si ego nummos meos tamquam meos et meo nomine dederim, sed ea lege ut tibi redderentur? Hic tibi secundum regulas juris condictio acquiri non potest, *L. quæcunque gerimus, infr. de ob. et act.*; nam, nec si mutuum dedissem meo nomine aut simpliciter, et tibi reddi nominatim stipulatus essem, tibi acquireretur actio; sed stipulatio esset inutilis, ut supra scriptum est, *ead. L. §. numeravi.* Sed hæc stricto jure ita sunt; cæterum, quæ actio in hac specie mihi qui pecuniam dedi, adversus accipientem competeret, ea utilis tibi dabitur, tamquam in te translata mea voluntate, ut fit in *L. pen. C. ad exh. L. quoties, C. de don. quæ sub mo.*, de quo scripsi ad *L. stipulatio ista, §. alteri, infr. de verb. obl.*

Ad §. *Deposui apud te.*

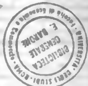
Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva et Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua, tibi hæc posse ajunt, et est verum, ut et Marcello videtur; animo enim cæpit possidere. Ergo transit ad eum periculum qui mutuum rogavit, et poterit condici.

SUMMARIA.

1. *Deposita pecunia fit depositarii et mutua, simul atque dominus roganti depositario permisit uti ex mutui caussa.*
2. *Animo possidere cæpisse depositarius cur hic dicatur.*
3. *Mutuo contracto, pecunia periculo est debitoris.*

Tertia species est ex tribus propositis, in qua, nummis mutui caussa datis, quæritur an sit mutuum; unde et de condictione dubitatur. Deposui apud te pecuniam: deinde me rogasti ut ea esset tibi mutua, quod factum esse etsi in principio non proponitur; tamen satis declaratur in extremo his verbis: *ergo transit periculum ad eum qui mutuam rogavit.* Ego roganti tibi permisi uti; nam his verbis initio factum proponitur. Est autem hic sensus: consensi ut pecunia tibi esset mutua uti rogaveras: ut scilicet responsum conveniat interrogationi tuæ, permissus petitioni. Quæsitum est an hac conventione atque hoc permissu, pecunia, etiam prius quam moveatur, efficiatur mutua, ut sic possim tibi condicere tamquam mutuam. Justa caussa est, cur non videatur hic mutua fieri: prius est enim ut tuam faciam, quam ut dicatur esse mutua, *L. 2. §. appellata, supr.* Quominus autem eam tuam fecerim hoc consensu, duo impedire videntur. Primum, quod pecuniam tibi non tradidi; ac sine traditione, dominia rerum, præterquam in quibusdam caussis in quibus non est necessaria translatio quæ fit inter vivos, non transferuntur, *L. traditionibus, C. de pac.* Deinde, quod, etsi obtulissem tibi pecuniam, tamen ipse hac oblatione possessionem ejus nactus non esses; proponitur enim pecunia a te loco mota non esse: ex possessione autem, jure gentium dominium nascitur; ut proinde, nisi re a te possessa, dominus rei fias, *L. 1. in pr. infr. de acq. poss.* † Ulpianus sententiam
1 veterum hic quoque secutus, statuit in specie proposita, pecuniam etiam ante quam moveatur, mutuam effici; et tamquam mutuam, tibi a me condici posse. Et quoniam intelligebat, de dominio pecuniæ id obstare quod supra dixi; ratione subjecta ostendit, non esse metuendum ne hic non videatur dominium pecuniæ in te translatum, quasi re tibi non tradita aut a te non possessa; *animo enim*, inquit, *cæpisti possidere.* Qua ratione, utramque illam objectionem superiorem paucis removet: quisquis enim voluntate domini possessionem rei nanciscitur, is statim dominus rei efficitur jure gentium; quo jure, ut dixi, ex possessione nascitur dominium, *d. L. 1. in pr. infr. de acq. pos.* Nam, quod dicitur dominium sine traditione sola voluntate domini non acquiri, ad hanc speciem non pertinet; tunc enim id locum habet, cum apud eum quem dominum fieri volumus, res non fuit: quod si jam tum fuit apud eum, puta vel commodata ei vel apud eum deposita, sola voluntas domini sufficiet ad rem transferendam, *L. qua ratione, §. interdum, infr. de acq. rer. do.* quod hic contigit, ubi de pecunia agitur apud eum deposita, cui mutuam fieri volui: et quorsum traditio hujus pecuniæ, nisi ut tradita esset apud te? id vero depositione
pecuniæ jam ante satis es consecutus. † Quod 2
si ad dominium hic transferendum, saltem hoc quæritur ut pecuniam possidere cœperis, id quoque in hac specie contigit. Simul enim atque permisi tibi roganti nummis uti, quamvis eos non attigeris, cœpisti animo possidere, dum hoc animo es ut eam pecuniam, non jam ex caussa depositi ut ante, sed animo domini, ut in te ex caussa mutui translatam, teneas; est enim possidere, affectu dominantis tenere, ut recte Theophilus definit in *§. idem placet, Inst. per quas per. nob. acq.*, idque ex sententia ejus loci. Nec refragatur huic sententiæ quod traditur, possessionem solo animo non acquiri, sed si-

mul animo et corpore, *L. 3. in pr, L. quemadmodum, infr. de acq. pos.*; non enim qui dicit te in hac caussa animo cœpisse possidere, is dicit te possidere cœpisse solo animo. Utrumque verum est, et te hic cœpisse possidere animo, et tamen non nisi animo et corpora simul cœpisse. Diceris animo cœpisse possidere, quia ab animo prius non possidebas; non enim rem tenebas domini opinione vel affectu: nunc primum id cœpisti facere, cum pecuniam voluntate domini pro tua habere cœpisti. At eodem tempore evenit ut simul et corpore incipias possidere; prius enim acceptam corpore tenebas, et eodem modo etiam nunc tenes; ut consequens sit, animo dominantis huic detentioni accedente, id te eodem tempore consequi, ut junctim incipias utroque modo rem possidere et animo et corpore. Tenere quidem corpore non nunc primum incipis, si quis de detentione corporali separatim loquatur, cum etiam prius teneres; at tenere corpore conjunctim cum animo et affectu dominantis necesse est, ut nunc primum dicaris incipere, cum simul utrumque prius non feceris. Quare, ut in hac caussa dicatur pecunia mutua facta esse, omnia sunt in eo regulis juris de acquirenda possessione et transferendo pecuniæ dominio, nec non regulis mutui consentanea. Illud potuit dubitari, quid opus fuerit in hac specie laborare, utrum, postquam permisi tibi pecunia uti, cœperit ea pecunia tibi mutua fieri, necne; cum, etsi mutua non fiat, nihilominus de ea reddenda mihi tenearis ex caussa depositi. Ad hoc expediendum referri debet quod Ulpianus scribit in extremo: † *ergo*, inquit, *transit periculum ad eum qui mutuum rogavit.* Effectus hic est mutui contracti: quo ostenditur quid referat in proposito, utrum, post illum permissum meum dicamus pecuniam depositam manere, an fieri mutuam: nam, si manet deposita et res perit postea sine dolo malo depositarii, periculum ejus non est, quantumvis mutuam rogaverit, sed ejus qui deposuit, *§. præterea, Inst. quib. mo. re con. ob.*: quod si fit mutua, periculum est ejus qui rogavit, non ejus qui dedit, *§. item is, Inst. quib. mo. re con. ob.* 3



Ad L. *Quod si ab initio.* 10.

Idem *Lib.* 2. *ad Edictum.*

Quod si ab initio cum deponerem, uti tibi si voles, permisero; creditam non esse antequam mota sit: quoniam debitum iri non est certum.

SUMMARIA.

1. *Deposita pecunia apud te, hoc pacto ut tibi esset mutua si voles, non prius fiet mutua, quam eam loco moveris ut uterere; et cur.*
2. *Differentiæ ratio inter speciem hujus loci et præcedentem.*

Quod supra dictum est, si pecunia mea quam apud te deposueram, permittam tibi uti, confestim eam mutuam fieri et tibi condici posse; in ea specie dictum est, eum roganti tibi ut esset mutua, permisi ea uti. †
1 Diversum esse hoc loco Ulpianus scribit, si, te mutuum non rogante, deposuerim apud te pecuniam, et officii caussa (ut fit), eum deponerem, dixerim ita apud te esse depositam, ut liceret tibi uti si velles; hic enim creditam non esse ante quam mota sit, *quoniam debitum iri non est certum.* Significat his verbis, mutuum hic non permitti simpliciter, ut quis dicat id statim contrahi ut in superiore specie; sed permitti sub conditione quæ vere sit conditio, utpote ex qua debitum iri, idest quam exstituram esse, certum non est; nam alioqui habenda non esset pro conditione, *L. quod si ea, infr. de cond. ind. L. si pupillus, §. quod sub conditione, infr de novat.* Hinc fieri ut mutuum sub conditione datum, non prius constituatur quam conditio exstiterit; hanc autem conditionem *si uti voles* tunc existere, cum uti cœperis;

quod fit pecuniam movendo et contrectando, non ante. Et quod vult, mutuum hic contrahi sub conditione, expeditum est; hæc enim adjectio *si voles*, omnium consensu conditionem habet, *L. si ita legatum*, §. 1. *infr. de legat.* 1. *L. si ita expressum. infr. de cond. et dem.*; nec dubium est quin possit non exsistere, cum sit in tua potestate pecunia non uti. Nec minus et illud certi juris est, quod sub conditione datum est, non prius confirmari quam conditio exstiterit, *L. proinde, supr. eod. L. qui absenti*, §. 1. *infr. de acq. poss.* Illud habet dubitationem quod scribit, pecuniam in proposito creditam non esse, ante quam mota sit; innuens nimirum conditionem non prius exsistere, quam si pecuniam loco moveris, quantum vis ante apud te statueris, atque adeo verbis palam declararis te ea uti velle. In quo videtur aperte contra verba conditionis facere: est enim hæc conditio, non si pecuniam loco movebis aut ea utere, sed si ea uti voles: quid autem prohibet quominus uti velis, etiam si eam non moveas? Sed recte Ulpianus. Etsi enim verum est condictionem hanc *si uti voles* tunc exsistere natura, cum primum volueris; tamen non est satis dicere te uti velle, nisi etiam hanc voluntatem re comprobes. Hoc autem ita fit, si re vera utare, et ea gratia pecuniam loco moveas; ut dicendum sit, prius quam id facias, non tam jus deficere quo fiat ut conditio exstiterit, quam probationem, juxta *L. duo sunt, infr. de test. tut.* † Cur ergo, in specie illa priore, 3
eum, re apud te deposita, postea roganti tibi mutuam permisi sine conditione ut ea utereris, placet statim pecuniam fieri mutuam, etiam prius quam moveris; cum utrobique unum et idem tibi permittatur et iisdem verbis, nempe pecunia uti quæ apud te est deposita? Res concessa non distinguit has species, sed conditio. Utrobique concessus est tibi usus, idest potestas utendi; jus, inquam, non factum, idest motio aut contrectatio pecuniæ; denique, utrobique his verbis pecunia mutuo data est, quia jure tuo pecunia uti non possis, nisi sit mutua. Sed ideo in superiore specie statim fit mutua, quia placet esse mutuam sine conditione, et ideo sive utaris, sive non utaris; in posteriore, sub conditione *si uti voles*, idest *si utare*, ut interpretandum hic esse docuimus; proinde, ante quam utare, non potest esse mutuum, non quia non sit datum iisdem verbis, sed quia ita sit datum ut suspensum sit conditione, ante cujus eventum non contrahitur.

Ad L. *Rogasti.* 11.

Idem *lib.* 23. *ad Edictum.*

Rogasti me ut tibi pecuniam crederem; ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri ut eam venderes et nummis utereris; si vendideris, puto pecuniam mutuam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Nervæ distinctio verissima, existimantis multum interesse venalem habui hanc lancem vel massam, necne; ut si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam; quod si non fuit hoc propositum ut venderem, sed hæc caussa fuit vendendi ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime si sine usuris credidi.

SUMMARIA.

1. *Specie data ut eam venderes et nummis utereris, quando mutuum contrahatur.*
2. *Specie vendita et pretio accepto, nummos fieri mutuos; et quam recte hoc dicatur.*
3. L. qui negotia, mand. *quam conveniat cum hac L.* rogasti.
4. *Species vendenda data in hac specie, si non vendatur, qua actione repeti possit, si exstet; ea deperdita, cujus periculum sit.*
5. *Usuræ mutuo, additæ non faciunt ut in re mutui caussa data, etiam creditoris utilitas versari intelligatur.*

SIVE species quæ sequuntur hac *L. et* 2. *seqq.* sunt ex iis quas Ulpianus in *L. certi,* §. *quoniam. supr.* proposuit se referre velle, et in his quærere an certi condictio ad petitionem earum sufficiat; sive non sunt, sed in his proprie de mutuo agit. ad quod, post explicationem certi condictionis transiit (nihil enim possumus affirmare, cum sint hæc capita ex eodem libro Ulpiani et prioribus illis non admodum dissimilia, de mutuo tamen), certe hoc constat subjici species ad caussam mutui pertinentes. in quibus quæritur, re data mutui caussa. non tam an sit condictio, quam an contrahatur mutuum: et si non contrahitur, quæ sit inde actio vel domino rei datæ, vel ei qui dedit. Quare hoc quæramus, omissa anxiore quæstione, quod fuerit consilium Ulpiani in his persequendis; quod ex his fragmentis cognoscere satis non possumus, præsertim cum quæstio sit inutilis. dum res intelligatur. Rogasti me ut tibi pecuniam mutuam darem; ego. cum non haberem. lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. Hic primum quæsitum est de mutuo, an contrahatur et quando. ÷ Et si rem non 1
vendideris, constat mutuum non contrahi; etsi enim res datæ essent in quibus mutuum consistere potuit. non tamen datæ sunt mutui caussa, sed venditionis; nullus autem contractus est sine consensu. *L.* 1. §. 1. *sup. de pact.* Ideo, cum Ulpianus hic diceret mutuam pecuniam factam, addidit conditionem si vendideris. Sed, etsi vendideris, non continuo pretium mutuum efficitur; non enim fit, si non acceperis. ut declarat idem in *L. rogasti, infe. de præs. ver.*, ubi in hac ipsa specie scribit, rei nomine quam tibi dedi, me tecum præscriptis verbis agere debere si non vendidisti. aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti. Non est adversum te præscriptis verbis actio. re vendita et pretio nondum accepto, si alia vulgaris et usitata competit, *L.* 1. 2. 9. *infr. de præsc. verb.* hæc autem competit. si competit certi condictio ex mutuo, ut docuimus ad *L. certi, sup. eod.* Et certe non potest pecunia tibi esse mutua quæ tua nunquam facta est. *L.* 2. §. *appellata supr. eod.* Neque unquam tua facta est quæ tibi non est tradita aut a

me aut ab alio. Quid est igitur quod hic Ulpianus pecuniam mutuam factam ait solum si vendideris, neque addit, et pretium acceperis? Putavit id satis intelligi ex narratione facti; id enim actum esse propositum erat, ut rem venderes et nummis uterereis, nempe acceptis, quoniam nisi acceptis uti non potes. Ita cum respondet nummos mutuos factos, de acceptis respondere intelligitur de quibus quæstio præcesserat, ut congruat responsum interrogationi, arg. in §. 2 *præterea, Inst. de inut. stip.* † Interim hoc statuit, si rem vendideris in specie proposita et pretium acceperis, mutuam hanc pecuniam factam esse. At et hoc ipsum habuit dubitationem; neque vero ut fiat tibi mutua regulæ mutui pati videntur; quia enim mutuum re contrahitur, non perficitur nuda conventione, sed pecuniam accipienti tradi oportet. Neque id satis; sed, ut est natura mutui, sic tradi oportet ut fiat accidientis, *L.* 2. *§. appellata, §. pen. et ult. supr. eod.* Et quia idem constat etiam consensu, nihil prodest pecuniam dedisse, nisi et qui dat, det ut sit mutua, et qui accipit, tamquam mutuam accipiat, *L. si ego, infr. eod.* In summa, in mutuo esse oportet qui det, non simpliciter, sed qui det mutuum, seu mutui caussa: et contra esse qui hoc animo accipiat. At in hac specie, qui utrumque præstet, nemo est. Dat quidem emptor tibi hanc pecuniam, sed ut a se debitam ex caussa empti, non tamquam mutuam; ut liberetur obligatione empti, non ut quidquam tecum contrahat: ut sine conventione et animo mutui non possit esse ab illo mutuum. Ego omnino eam pecuniam tibi non do; ut, quemadmodum ab emptore non proficiscitur mutuum sine conventione et animo mutui contrahendi, sic nec possit a me proficisci sine pecuniæ datione, quantumvis convenerit inter nos ut ea pecunia quam ab alio accepisti non meo nomine, esset tibi mutua. Apparet autem eam pecuniam de qua agitur, a me non proficisci, quippe quam tibi emptor dederit, non ego; et is quidem suo nomine, non meo. Dare autem, idest tuam facere qui potui, qui ne tradiderim quidem, cum sine traditione dominia rerum non transferantur? *L. traditionibus, C. de pac.* Immo, et si tradidissem, ne sic quidem eam potui tuam facere; primum, quia non fuit mea, nec plus juris traditio transferre potest in eum qui accipit, quam fuit apud eum qui tradit, *L. traditio, infr. de acq. rer. do. L. nemo plus, infr. de reg. jur.*; deinde, quia (hoc amplius) pecunia tua fuit ab emptore eòdemque dominu in te translata; nec qui alicujus rei dominus est, amplius ejus dominus fieri potest, *§. sic itaque, Inst. de act.* Ita, cum eam pecuniam tuam non fecerim ac ne tradiderim quidem tibi, relinquitur sola conventio, qua convenit inter nos ut esset mutua: sola conventione mutuum non contrahitur. Auxit dubitationem responsum Africani in *L. qui negotia, infr. man.* qui prope diserte et ex professo in hac ipsa specie negare videtur pecuniam mutuam fieri. Et hæc quidem adversus sententiam hujus loci de mutuo disseruntur: sed neque natura mutui efficit quominus hic recte dicatur esse mutuum, nec Africani responsum adversatur. Recte hic exigitur omnino pro natura mutui, non solum ut, de pecunia quam accepi ti, convenerit inter nos ut esset mutua, sed etiam ut sit a me profecta et a me tibi data. Sed, ut id exigimus, ita fit etiam in hac specie, si non recta et aperte, at certe ita ut quod fit, hoc eamdem vim habeat. Ego pecuniam naturaliter tibi non dedi; sed dedi tamen ut venderes, et ea vendita, voluntate et beneficio meo, per caussam ejus rei, pretium es consecutus; perinde hoc habendum est quasi vendidissem ipse, et pecuniam inde redactam tibi tradidissem. Et certe, si in caussa damni dati, ubi de delicto agitur et ubi ad obligandum (ut in re odiosa) tardiores esse debemus, arg. in *L. cum quidam, infr. de lib. et post.*, tamen vere dicitur eum videri damnum dedisse, qui præbuit caussam damni, *L. qui occidit, §. ult. supr. ad leg. Aqui. L.* 4. *§. pen. in fin. infr. de vi bo. rap.*; multo magis in contrahendo) is pecuniam dedisse dicendus est, qui ejus habendæ caussam dedit. † Plus 3
difficultatis objicit responsum Africani in *d. L. qui negotia, infr. man.* et omnino difficile est efficere ne videatur in hac specie esse contrarium. Is enim, cum disseruisset nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse, subjicit quod ad superiorem speciem pertinet, in hæc verba: *his argumento esse eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum; et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore qui accepisset argentum.* Scio tentari posse ex his verbis ut dicamus, argentum quidem hic vendendum datum esse ab eo, qui mutuam pecuniam dare vellet, sed non esse vendendum datum mutui caussa: quia proponitur simpliciter datum esse ut venderes, non etiam hoc adjecto ut nummis utereris. Quod secus fit in specie hujus loci de qua agimus; in qua argentum tibi dedi,

non ut venderes tantum, sed nominatim ut venderes et nummis utereris. Ideo in ea mutuum contrahi, quia et pecuniam tibi dedisse videar, et convenerit ut esset mutua. In specie autem superiore Africani, non esse mirum si, quamvis argento vendito et pecunia inde recepta, tamen mutuum non contrahatur; quia mutuum non contrahatur sine conventione, *L.* 1. §. 1. *supr. de pac.* Sed quominus negemus in specie Africani argentum vendendum datum esse mutui caussa, et verbis ejus loci et manifesta sententia prohibemur; nam in verbis *qui argentum dedit*, nominatim proponitur dedisse *eum pecuniam mutuam dare vellet*; quo significatur, eum jam tum cum dabat, voluisse mutuum dare. Adjicit Africanus *pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore qui accepisset argentum*. Non potuit periculo ejus esse, nisi mutui animo data esset ita, ut qui accipiebat, vel jam nunc vel quandoque ipse vellet, mutuam haberet, arg. *L.* 4. *supr. eod.* Institutum vero Africani et finis ad quem exemplum superius refertur, satis quid ille sentiat, ostendit. Proposuerat, nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse; ad hoc probandum utitur superiore exemplo: inepte, si in eo ita argentum vendendum datum est, ut de mutuo nihil convenisset; de conventione enim mutui quærebatur. Sed et frustra id adhibebitur ad rei propositæ probationem; dicetur enim, neminem dubitare quin, citra conventionem mutui, non contrahatur mutuum; sed non si id receptum est, ideo consequens esse non contrahi conventione: proinde, restare adhuc hanc quæstionem, an sola conventione contrahi possit. Quid ergo relinquitur, quominus videatur huic loco contrarium scripsisse Africanus? Mihi hoc relinqui videtur, ut fateamur quidem speciem ab illo proponi in qua argentum vendendum datum sit, et datum mutui caussa, seu ab eo qui pecuniam mutuam dare vellet si haberet: sed retineamus id quod verba dant, datum esse argentum vendendum quidem, non tamen ita ut nummis utereris. Quo intelligi volumus sic datum esse, ut ea datione statim esset mutuum, non in pecunia ex argento redacta, sed in argento dato: quæ res facit ut omnino non sit mutuum; eoque verum sit, etsi is qui argentum dabat, pecuniam mutuam dare vellet si haberet, nihilo magis pecuniam mutuam recte petiturum. Non enim erit mutuum in argento, quia hic species data est in qua mutuum non consistit, *L.* 2. §. 1. *supr.* Non erit in nummis inde redactis, quia ut hi mutui essent non convenit. Non obstat quod dicitur is qui argentum dabat, id dedisse non eum argentum mutuum, sed eum pecuniam mutuam dare vellet; hoc enim sine vitio sic commode accipietur: eum pecuniam mutuam dare vellet si haberet; et quia non habebat, ideo lancem argenteam dedit, ut pro mutuo vederet. Neque vero hoc sensu, exemplum non optime conveniet instituto Africani. Propositum illi est dicere, nuda conventione mutui non fieri pecuniam mutuam: sed ita, si præter conventionem, ea quoque accedant quæ mutuum desiderat: ea sunt autem, res quæ intervenit, apta ad mutuum contrahendum, et ejus rei datio. Sic igitur ille ratiocinatur: Ut, si cum mutuam pecuniam tibi dare vellem, nec haberem, lancem tibi dedi vendendam mutui caussa: non ideo contrahitur mutuum, neque lance non vendita neque ea vendita et pretio inde redacto, quia, etsi de mutuo convenit, tamen deest res apta ad mutuum contrahendum; ita in quæstione a me proposita, etsi de pecunia convenerit ut esset mutua, quam constat mutuo dari posse, si tamen convenit solum, neque tibi data est, mutuum non contrahetur; quia hic quoque deest aliud quod mutuum desiderat, nempe ut pecunia detur quam mutuam esse volumus. In somma, species ab Africano ita proposita est, quasi lancem argenteam tibi vendendam dederim mutui quidem caussa, non tamen ita, ut eo usque exspectares donec venderes, et pecunia inde redacta esset mutua; quæ res mutuum impedit. Hic tibi dedi lancem ut venderes, et pecunia ex pretio redacta in mutui caussam converteretur. Io qua pecunia cum mutuum consistere potuerit, et convenerit ut esset mutua, perinde sit autem quasi eam tibi dederim; omnia concurrunt cur existimari debeat mutua esse facta, cum vendideris lancem et pretium acceperis. Interim, quidquid de mutuo ejus pecuniæ statuerimus, hoc convenit inter omnes veteres, non contrahi mutuum, prius quam eam lancem vendideris. † 4
Hinc de lancis obligatione in hac specie tractatum est. Quid enim, si nondum vendideris, sed apud te retineas? Quid, si nec vendideris, et certum sit te vendere non posse, quia eam amiseris? Et si quidem apud te extat nec eam vendis, constat te teneri ut reddas, si non ob aliud, certe ob hanc caussam, quod acceperis ut venderes quæ caussa secuta non fuerit. Quia tamen accepisti etiam mutui caussa, ideo hic quæsitum est de genere contractus, ut constaret etiam de actione. Et placuit me tecum agere debere Præscriptis verbis; de quo idem Ulpianus auctor

bujus loci in *L. rogasti, infr. de præs. ver.* Quod si lancem perdideris prius quam venderes, quæsitum est an adhuc tenearis: in quo quæritur de periculo rei, et utrum tibi perierit an mihi; de quo hic secundo loco subjicitur. Et distinctio in aliis contractibus omnibus recepta, postulare videbatur ut diceremus, si quidem tua culpa amissa sit, eam tibi periisse, sive utilitas tantum tua in hoc contractu versetur, sive mea et tua: sin perierit casu sine culpa tua, utrobique contra evenire ut meo periculo perierit, non tuo, quia casus fortuiti a nullo debitore præstentur, *L. si ut certo, §. nunc videndum, et 2. §§. seqq. infr. com. L. contractus, infr. de reg. jur.* Sed hoc in hac specie non per omnia placuit; quod, quoniam illis positis quæ dixerat, secus poterat videri, ideo ne quis ex illis esset error, cummodissime de eo subjecit: Et de culpa tua idem hic quod in aliis caussis servari, citra controversiam æquum est, cum utilitas tua in hoc contractu versetur: Ideo, hac parte prætermissa, tamquam esplorata, de eo solum quæstio posita est, si lancem sine culpa tua perdideris, idest si casu. In eo autem ita distinguitur ut, si mea quoque caussa res gesta sit (quod ita fit, si venalem eam lancem habuerim), mihi perierit. Quod si tui tantum commodi caussa ego dederim, quia non fui hoc proposito ut venderem, sed hæc caussa fuit vendendi ut tu utereris, perierit tibi. Prius ex eadem distinctione est, et est æquissimum ubique servari, quamdiu contractus a mutuo recedat; quod accidit tunc eum, in re danda, et mea et tua utilitas vertitur; id enim aliter fit in mutuo. Posterius cum superiori distinctioni et notis regulis juris adversetur, quæritur quomodo defendatur; sic enim traditur, ubi nulla culpa debitoris interveniat, rem alienam quæ apud debitorem sit, domino perire, *L. pignus. C. de pig. act.*; item, casus fortuitos a nullo præstari. *L. contractus, in fi. infr. de reg. jur. L. quæ fortuitis, C. de pig. act.*; item, omnem debitorem qui rem certam præstare debeat, ejus interitu quod sine ejus culpa factum sit, liberari, *L. quod te, supra, eod. L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Utque intelligatur, nihil ad rem pertinere si in eo contractu solius accipientis utilitas agatur, facit exemplum commodati; quod, cum accipientis tantum caussa dari soleat, constat tamen etiam in hoc genere casus fortuitos a debitore non præstari, *L. si ut certo, §. quod vero infr. com. §. item is, Inst. quib. mo. re contr. obl.* Et vero his rebus moti, alii vulgo fatentur ne hic quidem lancem perire tibi, si vere casu amissa sit; et quod hic dicitur, si sine tua culpa res pereat, tibi eam perire: culpam interpretantur quæ aut lata sit aut levis, non etiam quæ levissima; ut sit sensus: si sine culpa tua lata aut levi perierit, tuum id periculum esse; si sine levissima, non esse: quasi culpa levissima, non sit culpa, aut quasi in simili specie in *L. 4. supr. eod.* non aperte scriptum sit, speciem quæ mutui caussa data est, etiam mutuo nondum contracto, esse periculo ejus qui accepit. Scimus autem, cum rem periculo alicujus esse dicunt juris auctores, periculi verbo quid significent: sed hoc refelli pluribus ad *d. L. 4. supr.* Non dubium est quin Ulpianus et illic hoc exprimat, speciem omnem quæ alicui tradita sit futuri mutui caussa, si modo tradita sit ei qui prius mutuum rogarit, et tradita ab eo qui nullam aliam caussam rei tradendæ haberet, quam ut ei qui rogavit consuleret quo is pecuniam mutuam nancisceretur; hanc, inquam, omnem speciem, etiam prius quam mutuum sequatur, periculo ejus esse qui accepit, quamvis sine ulla ejus culpa et casu fortuito perierit. Non obstant quæ supra retulimus de casibus fortuitis a debitore non præstandis; hæc enim in mutuo locum non habent. *d. §. item, Inst. quib. mo. re. contr. obl.* Placet in eadem caussa esse res ceteras in quibus mutuum non contrahitur, si mutui caussa datæ sint ita, ut qui dedit, nec caussam nec propositum ullum habuerit nisi mutui dandi; cujus rei rationem reddidi in *d. L. 4.* Ait Ulpianus, lance deperdita, tibi eam periisse, et addit ET MAXIME SI SINE USURIS CREDIDI. † Unde colligitur etiam tunc 5 tuum periculum fore, cum pecuniam tibi sub usuris crediderim. Atqui prius dixerat, si lancem tibi dederim, et in eo utriusque nostrum utilitas versetur, lancem mihi perire, si casu eam perdideris. An non ergo utriusque nostrum caussa negotium geritur, cum lancem tibi do, ut mutuam pecuniam inde habeas, ego usuras a te accipiam? Si quod per accessionem et consequentiam fit spectamus, dici potest geri; at si id quod principaliter, omnino non geritur. Sors enim ipsa quæ mutuo datur, tota debitoris caussa comparata est, non creditoris; tametsi per consequentiam mutui, evenit ut propter usum pecuniæ aliquid accipiam. Porro, quod principaliter fit spectare debemus, non quod per consequentiam. argum. in *L. 1. infr. de auct. tut.* Quamquam, si vere judicare volumus, simpliciter recte dicturi videmur in totum, neque in lance vendenda data, neque in mutuo cujus caussa lanx datur, meam utilitatem contineri propter usuras, non solum principaliter, sed ne per consequentiam qui-

dem; quod enim usuras percipio, neque ex lancis venditione consequor, neque ex mutuo: de lancis venditione certum est; de mutuo potest dubitari, cum per caussam mutui usuras habeam. Sed et hoc nihilominus verum: usuræ enim, non ex mutuo aut propter mutuum, sed propter usum pecuniæ mutuo datæ percipiuntur; inter inter quæ multum interest. Fieri enim potest, ut quis mutua pecunia non utatur, sed statim eam reddat atque ita usuras non debeat, quia nullus pecuniæ usus fuerit, cum tamen mutuum fuisse constet: nam ideo reddidit, quia prius mutuum acceperat. Ut autem in alterutro negotio utilitas mea versetur propter usuras quæ mihi debentur, prius est ut eas usuras ex eorum alterutro, aut certe propter alterutrum percipiam.

Ad §. *Si tibi decem dedero.*

Si tibi decem dedero (sic) ut novem debeas; Proculus ait, et recte, non amplius te ipso jure debere quam novem. Sed et si decem dedero ut undecim debeas; putat Proculus, amplius, quam decem, condici non posse.

SUMMARIA.

1. *Decem datis, eo pacto ut novem reddas, non nisi novem deberi.*
2. *Mutuo decem datis, ea lege ut undecim debeantur, amplius quam decem condici non posse, nec usuræ nomine, nec jure donationis.*

Mutuum constat numeratione. *L. 2. §. creditum, supr.* sed constat etiam consensu, *L. 1. §. 1. supr. de pact.* Alterum si deest, mutuum non erit. Ex hoc jure de utraque
1 hac specie recte respondetur. † Dedi tibi decem, eo pacto ut novem mihi debeas. Placet amplius quam novem non deberi, et quidem ipso jure. Recte; etsi enim numerata sunt decem, non tamen convenit ut amplius deberes quam novem: sine conventione non non est mutuum: et si convenerit ut novem tantum mihi deberes, addita taxativa particula *tantum* aut alia simili aliqua, expeditum est. At quid, si dictum sit simpliciter ut novem deberes, ut hic factum proponitur; etiam ne hic videtur actum esse, ne decimum debeatur? Prima fronte non videtur; neque enim novem nummorum obligatio majorem obligationem exclusit: cum fieri possit, ut qui novem debet, etiam decem debeat. Propone eum qui decem debet: verum est hunc debere novem, quia novem in decem insunt; et nihilominus eumdem amplius quam novem debere certum est. Et sane concedendum est, non ideo te non debere decem quia novem debeas; sed quia decem dando, nominatim convenit ut novem deberes, perspicuum est, hac conventione id ipsum actum esse ut id solum debeas, alioqui nequidquam id caveatur, cum sine hac lege æque futurum fuerit ut decem, et propter decem, novem deberes. Semper autem quod nominatim cautum est, sic accipi oportet, ne supervacuo cautum videatur, arg. *L. si quando, infr. de legat. 1. L. 1. in fin. infr. ad municip. L. quoties in. infr. de reb. dub.* Et certe, qui ex pluribus numeratis, quædam debitum iri nominatim cavet, aperte alia excludere intelligitur ne debeantur, alioqui quorsum illa ab his distinguat? Ergo hoc constat in specie proposita decimum ex mutui caussa non deberi. Sed cur dici non possit deberi abs te ita, tamquam quod sit apud te sine caussa? Et vero id ita esse necesse est, nisi tibi sit donatum. At hic nihil verbis donatum proponitur, neque in re dubia, donasse quisquam existimandus est, *L. cum de indebito, infr. de prob.* Quidquid porro apud aliquem est sine caussa, id constat ab eo condictione sine caussa repeti posse, *L. 1. infr. de cond. sin. cau. L. pen. infr. de cond. ind.* Sed; si verum est quod diximus, ex decem numeratis id agi ne decimum debeatur, apparet id ipsum hac conventione donari; si quidem id donari intelligitur quod, nullo jure cogente, ita datur ne unquam repetatur. *L. 1. L. donari. infr. de don.* Donatio in primis justa caussa est rei transferendæ, *§. per traditionem, Inst. de rer. divis. tit. pro don. infr.*; proinde ejusmodi quæ in non errante omnem condictionem et repetitionem excludat. *L. si repetendi, C. de cond. ob caus. L. in summa, §. id quoque. infr. de cond. ind.* Ita verissime hic dicitur, in specie proposita abso-

lute non amplius te debere quam decem. Bene vero adjectum est ipso jure; nihil enim debetur jure, nisi ex justis et constitutis caussis, qualis in proposito de decem nulla est, ubi deest conventio. Nam quod dicitur, pacto convento non liberari quem ipso jure, sed tantum per exceptionem. *L.* 5. *C. de pact. L. si unus*, §. *pactus*, *supr. eod.*, huc non pertinet; neque enim dici potest pacto liberari qui ab initio obligatus non fuit. † Rursum, dedi tibi decem, ea lege ut undecim debeas. Cur non, sic ut valet conventio ut minus debeas; ita, si in dando convenerit ut plus deberes, non valebit? Et placet decem deberi, in quæ conventio et numeratio concurrunt; id quod excedit non deberi. Recte hoc quoque; non quod hic non æque conventio servanda sit ut supra, si modo cætera concurrerent quæ mutuum desiderat; sed quia in eo quod excedit, deest numeratio, sine qua non est mutuum. Nec quisquam hic moveatur eo quod traditur, in traditionibus rerum, quodcumque pactum sit, id valere, *L. in traditionibus, supr. de pact.*; id enim ex edicti exceptione perpetua hactenus verum est, nisi sit contra leges, *L.* 7. §. *ait prætor, supr. de pact. L. pacta quæ contra, C. eod.* Est autem, ut contra naturam, ita et contra jus ut re contrahatur obligatio ultra quam datum est: qua ratione hæc sententia defenditur a Paulo in *L. si tibi, supr. de pact.* Et sane facile quis concesserit, hic ultra decem mutuum non esse; sed quid refert, si quod amplius est, alio jure quam mutui potest deberi? Videamus autem, dixerit aliquis, ne aut tamquam usura, aut tamquam donatio jure defendatur; nam usuras supra quam datum est, recte accipi constat; et pactum donationis, ex constitutione Justiniani ubique valet, *L. si quis argentum*, §. *ult. C. de don.*; et quod hic ut mutuum, pacto valere non potest, multo minus tamquam usura aut donatio valebit. Usuræ ultra id quod datum est, deberi et peti possunt; sed dum hæ sint promissæ, et promissæ ita ut jura oportet; quorum neutrum in hac conventione accidit. Nam, ut videantur promissæ, verba conditionis non ferunt, non solum quia nihil hic de usuris expressum est; sed etiam quia res in conventionem deducta, usuris adversatur. Harum enim hæc conditio est ut, quia præstantur pro usu pecuniæ, ideo et quamdiu hic usus perseverat, tamdiu usurarum pensiones repetantur; hic autem decem dantur, ea lege ut pro eo usu, semel tantum unum aliquid præstetur. Non est actori tribuendum ex conventione quod aperte deductum non est; cum, etsi in ea aliquid sit ambigui, verba adversus eum interpretemur, *L. quidquid*, *l. stipulatio ista*, §. *in stipulationibus*, *infr. de verb. obl. L. cum quæritur, infr. de reb. dub.* Sed demus hæc id quod excedit, usurarum nomine promissum esse; non tamen ita cautum est ut possit deberi. Pacto enim cautum est; usuræ autem in strictis judiciis, aliter deberi non possunt quam stipulatione, *L.* 3. *C. de usur.* Eadem de donationis caussa hic licet dicere; nam primum, nulla in hac conventione donatio est: quod enim ad decem amplius adjicitur, adjicitur non gratis, sed ob caussam, quia mutuum accipienti datum sit. Constat, donationem ob caussam, proprie donationem non esse, *L. hoc jure*, §. 1. *L. Aquilius, infr. de don.* Deinde ut maxime hanc præstationem donationem vocemus; tamen in fraudem usurarum adjici constat, cum, quidquid supra sortem accedit, id usuram imitetur. Ut ergo, si aperte usura pacto constituta esset, contra jus esset eam deberi, *d. L.* 3. *C. de usur.*, ita et tunc eam servari contra jus erit, cum usura alio verbo tegetur. Fit enim hoc in fraudem legis; quod tam improbatur, quam si aperte contra legem esset, *L. non dubium, C. de legib.*, argumentum in specie non dissimili, in *L. qui testamentum, infr. de prob.*

Ad §. *Si fugitivus servus.*

Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quæritur. Et quidem, si servus meus cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi; erit mutua. Fugitivus autem vel alius servus, contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis. Quid ergo? vindicari nummi possunt, si existant, aut si dolo malo desiuant possideri, ad exhibendum agi. Quod si sine dolo consumpsisti, condicere tibi potero.

SUMMARIA.

1. *Alienam pecuniam mutuam dando domini voluntate, mutuam facimus.*
2. *Aliena pecunia data citra domini voluntatem, nec fit accipientis nec mutua, quamdiu consumpta non est, aut consumpta dolo malo.*
3. *Florentina lectio emendata.*
4. *Alienam pecuniam qui dedit, etiam nondum consumptam repetere potest; et qua ex caussa, quave actione.*
5. *Consumptis sine dolo malo nummis alienis mutuo datis, nascitur danti mutui condictio: quæ et qua ex caussa hæc condictio?*
6. *Consumptione nummorum, perinde haberi eum qui consumpsit, quasi pecunia ejus facta esset; et cur, et n. 9.*
7. *Consumptis dolo malo nummis, non confirmatur mutuum, nec nascitur adversus consumentem condictio; et cur.*
8. *Consumptis etiam per partes nummis, nasci per partes condictionem.*
9. *Consumi pecunia quomodo intelligatur.*

Hujus §. et *L. nam et* 12. *infra* unus contextus est ad eamdem quæstionem et sententiam pertinens; quod non solum inscriptio utriusque loci arguit (est enim uterque Ulpiani, sumptus ex eodem libro vicesimo sexto ad edictum), sed multo certius orationis series in eadem specie cohærens. In primis autem ratio *L. nam etsi*, quæ aperte confirmationem ejus quod in extremo hujus §. scriptum est, continet; ideo a nobis conjunctim explicabitur. Quæstio est an, cum quis pecuniam mutuam dat quæ aliena sit, aliquando pecunia fiat mutua, aut certe tamquam ex mutuo condictio nascatur, vel danti si sui juris est, vel ei cujus est in potestate, si sit servus aut filiusfamilias. In quo hoc quæri intelligitur, an quod dicitur in *L.* 2. §. *appellata*, §. *creditum*, *supr.* in mutuo dantem, oportere dominum esse, præfracte secundum verba retinendum sit, ut nunquam sit mutuum nec ex eo condictio, si is qui dedit, dominus pecuniæ non fuit; an vero ex sententia ita temperandum, ut interdum etiam tunc et mutuum contrahatur, et condictio nascatur. Itaque quæstio ad illius dicti interpretationem referenda est. Et quod hic in universum tenendum esset, dixi ad *d. L.* 2, §. *appellata*, *supr.* Quod horum locorum proprium est, in his de eo summa hæc est: duobus temporibus fieri ut, quamvis quis alienam pecuniam mutuo dederit, tamen contrahatur mutuum, certe tamquam ex mutuo condictio acquiratur vel *ei*, vel alii cujus in potestate est; uno, si dederit domini voluntate: altero, si, pecunia contra voluntatem domini data, nummi sine dolo malo accipientis consumpti sint: illic pecuniam statim fieri mutuam; hic consumptione mutuum confirmari: de qua parte præcipue agitur. Quid ergo interim fiet, dum nummi exstabunt, aut tunc cum dolo malo erunt consumpti? Placet, domino pecuniæ vindicationem nummorum dari adversus possessorem; danti denegari condictionem: quæ Ulpianus in hoc §. demonstrat sub persona servi; sed ita ut nihil hic servi proprium sit, sed sit ejusmodi quod pertineat ex æquo ad omnes, ut declaratur in *L. nam etsi*, *infr.* Continet ergo hic locus tria; quæ an recte hinc colligamus, et quam vera sint, quamque rationem habeant, singillatim dicemus. † Primum, hoc ratum est, si quis alienam pecuniam mutuo det domini voluntate, pecuniam statim mutuam fieri: *Si*, inquit Ulpianus, *servus meus cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua.* 1

lixit *cui peculii administratio concessa est*, ut intelligeremus eum cui peculii alienandi, eoque et pecuniæ collocandæ potestas a domino data sit: quapropter, et in homine libero qui a domino pecuniæ eamdem potestatem acceperit, idem dicendum est. Nec metuemus hic ne is qui dat pecuniam, non faciat eam accipientis, tamquam qui ejus dominus non fuerit, contra quam lex mutui exigit, *Inst. quib. mo. re con. ob. in pr.*; qui enim dat voluntate domini, tam dominium transfert, quam si dedisset suam, *L. qua ratione*, §. *hæc quoque*, *infr. de acq. rer. dom.* Illud superius fortasse adversari videbitur, quod dicitur in mutuo dantem, dominum esse uportere, *L.* 2. §. *creditum*, *supr. eod.*; nam hic non est dominus qui dat alienum, quamvis domini voluntate dederit. Dicemus non esse dominum re vera; et, si verba spectamus, hanc illius dicti exceptionem esse quæ hic traditur: sed effectu, abunde pro domino habendus est qui in mutuo id præstat quod dominus faceret, et quo nihil amplius mutuum desiderat; quippe dominium transfert. Aliud non faceret dominus, si ipse pecuniam credidisset; ut, si vim et potestatem hujus traditionis inspiciamus, non debeat efficere hæc species quominus vere in universum definiatur in mutuo, dominum dantem esse oportere. Recte fit tamen quod de ea separatim dicitur; hoc enim eo spectat, ne illis verbis decepti, putemus in hac specie mutuum ob id non contrahi quia ipse non est dominus, etsi domini potestate

2 utitur. † Quod secundum hic traditur, pertinet ad pecuniam alienam quam quis mutuam dedit citra domini voluntatem, quam eamdem nondum consumpsit is qui accepit, aut consumpsit dolo malo. Hanc significat Ulpianus, si in aliqua caussa ex his erit, mutuam non fieri, eoque nec condici posse, quia utroque tempore eveniat ut non fiat accipientis. Id voluit in hoc §. cum subjicit: *fugitivus autem vel alius servus, contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis.* De fugitivo dicit, quia semper fugitivus in ea caussa est ut sine voluntate domini pecuniam alienet, etiam si, priusquam fugeret, liberam peculii administrationem a domino concessam habuerit; hæc enim in fugitivo non manet, *L. libera*, *infr. de pec.* Cæteri servi contra voluntatem domini credere intelliguntur, cum aut pecunia dominica est, aut peculiaris quidem, sed quam dominus nominatim vetuerit credi. Nam, si non vetuit, sola peculii concessione etiam mutuo dandæ et recte collocandæ pecuniæ potestatem fecisse videtur; etsi cæteris in rebus alienationem non concedit, nisi libera peculii administratione concessa, ut scripsi jam ante ad *L.* 3. § *ult. supr. illis. nec obest.* Hi ergo si credunt, non faciunt, inquit Ulpianus, nummos accipientis; quippe, cum domini non sint, nec voluntate domini tradant, non possunt plus juris transferre in eum qui accipit quam ipsi habuerunt, *L. traditio*, *infr. de acq. rer. dom. L. nemo plus*, *infr. de reg. jur.* Hinc vult intelligi, pecuniam hoc casu mutuam non fieri, quisquis erit qui alienam mutuo dederit. Hoc enim consequens est, cum in mutuo oporteat rem fieri accipientis, ut mutuum contrahatur, *Inst. quib. mod. re con. ob. in pr. L.* 2. §. *appellata*, *supr. eod.* Sed quibus conditionibus hic condictio tamquam ex mutuo non nascatur, ostendit cum subjicit: *quod si sine dolo malo nummos consumpsisti, condici tibi poterunt.* Nempe ergo his conditionibus duabus, nummi alieni citra domini voluntatem mutuo dati condici non possunt, eoque nec sunt mutui; si aut is qui accepit, nondum eos consumpsit, sed apud eum exstant; aut consumpsit quidem, sed dolo malo. Et quin, exstantibus nummis, condictio non competat non dubitatur, non solum quia et hic et in *L. nam etsi*, *infr.*, nummis alienis datis, datur condictio nominatim hac conditione si nummi consumpti sint; sed etiam quia in *eod. L. nam, etsi, ver.* 2. diserte scriptum est: *si alienos nummos tibi mutuos dedi*, te non ante *mihi teneri, quam eos consumpseris.* Sed an idem dicendum sit, etsi quis eos consumpserit, si consumpserit dolo malo, ambigi potest propter verba *d. L. nam, etsi*; nam in principio verba ita sunt: *sed, consumptis nummis a fure datis, nascitur condictio*; et paulo post: *quod si per partes eos consumpseris*, ait Papinianus *ma per partes condicturum.* Utrobique ex consumptione datur condictio; nec distinguitur qua fide nummi ab accipiente consumpti sint; ut dicendum sit, nummis consumptis, omni modo nasci condictionem, quæ ante non fuerat nisi dolo malo quis consumpserit. Et cur, dicet aliquis, non teneatur condictione is qui dolo malo consumpsit, idest gravius deliquit; si etiam tunc tenetur, cum dolo malo in ea consumptione nihil fecit? Dixerit etiam fortasse hunc §. non obstare. Quod enim dicitur: si sine dolo malo consumpsisti, nummos tibi condici posse: jubebit ita accipi quasi positum id esset de quo major dubitatio erat, ut ex eo id quod minus dubium erat, sua sponte intelligeretur, quasi ita scriptum esset: quod si consumpsisti, quamvis sine dolo malo, condici tibi poterunt. Sed si ita interpre-

tamur, locum per ertimus: his enim verbis, quamvis sine dolo malo consumpseris: comprehenditur uterque casus, sive sine dolo consumpseris, sive dolo malo. At hac conditione, si sine dolo malo consumpsisti, aperte ille casus excluditur si consumpsisti dolo malo, *L.* 1. vers. *hujus rei*, *supr. de offic. ejus cui man.* Nec vero dubium est quin ita accipiendum sit, ut hoc posteriore casu non sit condictio; idque ipsum ut statuamus, non verba tantum, sed etiam certa juris ratio efficit. Nam, si nummi alieni qui adhuc apud te exstant neque tui facti sunt, tibi condici non possunt, consequens est nec eos tibi condici posse, quos dolo malo consumpsisti; quoniam et hi jure non alio loco habentur, quam si exstarent, *L. parem*, *L. qui dolo. infr. de reg. jur.* Sed nec hi magis tui efficiuntur, quamvis consumpseris; neque minus teneris eorum vindicatione domino, quam si possideres, ut mox sequitur: de quo postea pluribus. Itaque, quod in *d. L. nam etsi. L. non omnis* §. *si pupillus, infr.* et si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, cum nummi alieni credendi caussa dati sunt, his consumptis, nasci condictionem; non dubitabimus, cum ex hoc §. tum superiore ratione exigente, ita interpretari: si nummi bona fide ab accipiente consumpti sint, dum is alienos esse ignorat. Quod si quis generalitatem verborum nobis objiciat et eam præfracte retinere volet, non refugiam quin hæc quoque uti sunt, sequamur; neque eo minus eamdem sententiam quam dicimus, expriment. *Consumptis nummis semper condictio nascitur*: hæc verba ad eos nummos qui mala fide consumpti sunt, non pertinent: non enim consumpti dicendi sunt qui jure pro exstantibus per omnia habentur. Quid ergo fiet, nummis adhuc exstantibus aut mala fide consumptis? Si de domino pecuniæ quæritur, ait Ulpianus, *vindicari hos posse* utroque ca-
3 su, et de his *ad exhibendum agi*. † Quo loco lectio Florentina animadvertenda est. Ea ita habet: QUID ERGO? VINDICARI NUMMI POSSUNT, SI EXSTANT, AUT SI DOLO MALO DESINANT POSSIDERI. AD EXHIBENDUM AGI: quæ lectio vitiosa est. Ut enim hæc verba sunt, vindicatio domino datur tantum uno casu si nummi exstent, et actio ad exhibendum item uno casu si nummi dolo desinant possideri. Male utrumque, et adversus notissimas regulas juris quæ sunt de utraque actione. Nam actio in rem cum adversus eum constituta sit qui possidet, *L. actionum, infr. de ob. et act.* §. 1. *Inst. de act.* fit hoc jure, ut non minus adversus eum competat qui dolo malo desiit possidere, quoniam hic ubique pro possessore habetur, *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* *L. parem*, *L. qui dolo. infr. de reg. jur.* Ad exhibendum autem actio competit illa quidem adversus eum qui dolo possidere desiit, ut est in *L. Julianus, supr. ad exhib.*, sed hoc non alia de caussa, quam quod si possideret, hac actione teneretur: nunc autem pro possessore est qui dolo fecit quominus possideret, ut ibidem ratio adjecta est. Cæterum, extra controversiam est, etiam hanc actionem multo magis adversus eum dari qui possidet, *L.* 3. §. *ult. supr. ad exh.* Loci sententia constabit, si utraque conditio legatur conjunctim, et pariter ad vindicationem referatur: deinde interponatur particula *et* quæ iisdem conditionibus det actionem ad exhibendum, ut legatur hoc modo: VINDICARI NUMMI POSSUNT, SI EXTANT, AUT SI DOLO MALO DESINANT POSSIDERI; ET AD EXHIBENDUM AGI: ut sit is sensus quem supra sum complexus: utroque casu dominum pecuniæ vindicare nummos suos posse ab eo qui accepit, sive exstent, sive dolo desinant ab eo possideri; et item posse utroque casu, de his adversus eum ad exhibendum agere. Hæc de domino pecuniæ. † Quid ei 4
qui pecuniam alienam credidit, nullane his casibus condictio dabitur adversus eum qui accepit? Verba Ulpiani efficere videntur nullam omnino esse; ut consequens sit, domino non vindicante, nummos apud eum qui accepit, manere impune. Ait enim: *quod si sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt*; quo significatur, si non consumpsisti, aut non dolo malo, non posse condici: id autem valet nullo modo posse condici, non enim distinxit condictionis genus. Idem significat in *L. nam, etsi*, cum ait in hac specie, *consumptis nummis nasci condictionem*. Hoc enim eam vim habet, nummis non consumptis, condictionem non nasci: hanc autem, an illam intelligeret non addidit; sed apertius hoc expressit in *eod. L. nam, etsi* cum scribit: *si alienos nummos tibi mutuos dederim, te non ante mihi teneri quam eos consumpseris*. Non dixit te mihi ex caussa mutui non teneri, sed simpliciter *te mihi non teneri*, quibus verbis omnis actio in personam excluditur. Sed, etsi in his omnibus locis verba indefinita sunt, tamen ubique condictio ex mutui caussa intelligenda est; species enim in omnibus nominatim posita est de eo qui pecuniam mutuam, seu credendi animo dedit; proinde responsum de condictione ad hypothesim revocandum est, ut congruat interrogationi: quomodo etiam in stipulationibus, responsum alioqui

simplex et indefinitum, accipiendum esse convenit. §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.* Ita. hæc erit sententia: Si quis pecuniam alienam mutuam dederit; ut nummi sine dolo malo consumpti, condici ex ea caussa ex qua dati sunt, possunt, idest ex caussa mutui; ita, sive nondum sint consompti, sive consumpti sint dolo, ex hac caussa condici non possunt: quo nihil verius; estque ut certum, ita et perpetuum, non enim hic contrahitur mutuum. Sed nec probandum est quod Accursius in *L. nam etsi*, ad verbum *consumpseris* scribit, nummos quamvis adhuc exstantes, condici posse quasi consumptos, quia videatur per debitorem stare quominus consumantur, juxta regulam juris, *L. in jure*, *infr. de reg. jur.* Quid est enim quod imputetur ei, si alienis nummis invito domino non utitur, idest si non vult eo facto se furti alligare? Non ergo, ut dixi nummis alienis adhuc exstantibus condictio tamquam ex mutui caussa nascitur. Sed aliæ caussæ admittere possunt condictionem. Quid enim, si is qui alienam pecuniam dedit, eam sibi reddi stipulatus est? huic haud dubie obligatio quæritur ex stipulatione, *L. 2. C. eod.* §. *de constituta*, *Inst. de act.*, unde et ei condictio certi ex hac caussa dabitur, *Inst. de ver. ob. in pr.* Quid, si nulla sit stipulatio, sed debitor literis caverit se eam pecuniam redditurum, ac deinde post biennium de pecunia cauta appelletur? Erit adversus eum condictio, non ex mutuo quod nullum est, sed ex literis, tamquam literis contracta obligatione; nam, etsi nihil plane numeratum esset, nihilominus hic eadem esset obligatio ex constitutionibus, *L.* [illegible] *contractibus*, *in pr. C. de non num. pec.* [illegible] *de liter. obl.* Sed etsi nihil horum intervenerit, tamen non dubito quin danti statim competat condictio ob caussam dati, caussa non secuta. Constat enim nummos ab eo datos ob caussam ut mutui fierent, quæ caussa non est impossibilis, cum possint ab accipiente consumi: si non fiunt mutui, ut non fiunt, caussa non sequitur; quam ob rem superiori condictioni locus erit, ut vel possessio saltem reddatur, uti esset in eam rem indebiti condictio, si nummi alieni indebiti soluti essent, *L. indebiti*, §. 1. *infr. de con. ind.* Sed et condictio sine caussa hic recte dabitur; nullo enim mutuo constituto, constat pecuniam apud accipientem esse sine caussa. Hinc apparet, si in mutuo hujus generis repetantur nummi alieni ab eo qui dedit, nihil debitori profuturam hanc defensionem, si dicat sibi nummos alienos datos esse, quominus eos restituere debeat. Aut enim fatebitur nummos a se consumptos esse, et condictione ex mutui caussa tenebitur; aut dicet nondum se usum, sed eos apud se exstare: et jam effectum est illum, hoc casu, condictione ob caussam teneri. Itaque, in hac incertitudine defensionis, recte faciet creditor si duas condictiones proponet disjunctim, condictionem certi ex mutuo, si nummi consumpti sint; et condictionem ob caussam, si nummi consumpti non sint; quæ conjunctio actionum tum recepta est, cum agendi incertitudo nascitur ex facto ejus cum quo agitur. *L. 1.* §. *quia autem*, *infr. quod legator.* † Superest tertium, quod præcipue his 5 locis statuitur: si quis nummos alienos sine domini voluntate mutuos dederit, etsi alias condici non possent, tamen, his sine dolo malo consumptis, nasci condictionem danti adversus eum qui accepit: sententia quæ non bis tantum locis, sed et sæpe alias occurrit, ut *L. non omnis*, §. *si pupillus*, *infr. eod. L. si quis pro eo*, §. *si nummos*, *infr. de fid.* Id usque adeo verum est ut, quamvis fur dederit, tamen placeat etiam huic, nummis consumptis, esse condictionem ut est in *d. L. nam etsi*, *infr.* Postulat hic locus de consumptione, ut quatuor hæc explicemus; primum, an recte detur hæc condictio, nummis alienis consumptis; deinde, an recte tunc solum, cum nummi sine dolo malo consumpti sunt; tum, an, si quis per partes eos consumpserit, per partes ei condici possint; postremo, quid sit consumere, et quando nummi intelligantur consumpti. Primum, recte quæritur unde sit hæc condictio nummis consumptis, utpote quæ ante non fuerit. Jam dixi, condictionem hic intelligendam esse ex ea ipsa caussa in quam nummi dati sunt, idest ex mutui caussa. Idque omnino ita intelligi necesse est, si nunc primum post consumptionem hæc condictio nascitur; nam et condictio ex stipulatione ubi stipulatio interposita est, et condictio ex obligatione literarum, et condictio ob caussam, de quibus supra diximus, omnes etiam ab initio, certe ante consumptionem competierunt; ut consequens sit, si qua nunc primum consumptis nummis nascitur, hanc nasci ex mutuo, quasi hujus datio in nummis alienis dependerit ex hac conditione si nummi consumpti sint. At hic laboratur; non est enim mutuum, nisi nummi fiant accipientis, *Inst. quib. mo. re con. ob. in pr. L. 2.* §. *appellata*, *supra*, *eod.* Et quomodo creditor qui dominus ab initio non fuit, consumptos nummos accipientis faceret, cum neque tunc cum consumebantur, esset dominus magis quam ante, et postea multo minus esse cœperit? Huic

objectioni occurrere Julianus voluit in *d. L. non omnis*, *§. si pupillus infr.*, cum ait eum qui pecuniam credidit cujus alienandæ potestatem non habuit, hac consumpta, condictionem habere, non alia ratione quam quod facto ejus intelligitur ad eum qui acceperit pervenisse. Id pervenisse ad aliquem dicitur, quod ita accipientis factum est, ut perpetuo maneret, *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Significat ergo Julianus, cum dicimus, eousumpta pecunia, condictionem tamquam ex mutuo nasci, non esse cur nos moveat quod dicitur non esse mutuum, nisi pecunia fiat accipientis; id enim et in proposito contingere: fieri namque pecuniam et ejus qui accepit, postquam ab ea consumpta est, idque facto ejus qui dedit; ne quis forte hic quidquam desideret quod ad mutuum pertineat. Sed et hæc ipsa Juliani ratio parum liquet; manet enim semper illa dubitatio, quomodo fiat ut qui dominus nunquam fuit neque cœpit esse postea, rem accipientis faciat. Proinde, paulo dilucidius hoc totum explicandum est, ex quo intelligetur etiam quam vere Julianus
6 et veteres de hac re statuerint. ✝ Dicendum est igitur, eum qui antea pecuniæ dominus non fuit, re vera nec tunc pecuniam fecisse accipientis, cum hic pecuniam sine dolo malo consumpsit; sed tamen per omnia perinde haberi quasi id factum esset. Pecunia quidem consumentis ita facta est, et ut loquitur Julianus, sic ad consumentem pervenit, ut si maxime a vero domino in eum translata esset. Is enim consumendo, primum eam tam in usus suos convertit, quam si vero ejus dominus fuisset; deinde (quod maxima domini proprium est), consecutus est hac consumptione, ne ejus pecuniæ vindicatione ulli alii teneatur, sive exstantis nomine sive consumptæ, quippe qui nec pecuniam jam possideat nec dolo desierit possidere; quo in numero qui sunt, hi actione in rem non tenentur, *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Atque, ut hæc consumptio eum qui accepit, dominum facit, ita eum consumendi caussam ab eo qui pecuniam dedit acceperit, perinde haberi debet quasi ab illo dominii hujus caussam accepisset. Quapropter vere Julianus dixit, hujus facto intelligi pecuniam ad eum qui acceperit pervenisse; quod valet, hujus traditione pecuniam ejus qui acceperit factam esse per consumptionem. Quod si verum est, recte dicitur mutuum consumptione confirmari, uti fieret scilicet, si quo alio modo pecunia mutuo data, facta esset accipientis, puta dominio danti postea quæsito, aut pecunia ab eo qui accepit usucapta, *L. proinde, sup. L. si alienam, inf. de mor. cau. do. L. indebiti. §. 1.* illic *sed, etsi possessionem, infr. de con. ind.* Cumque hæc ipsa consumptio idem efficiat in pecunia aliena a fure data, quod efficeret si a quovis bonæ fidei possessore data esset; apparet et hoc ipsum in fure recte dici in *L. nam etsi. infr.*, consumptis nummis ab eo datis, nasci et eamdem condictionem. Sed cum statuimus, pecunia aliena mutuo data, ab initio mutuum non contrahi, post autem pecunia consumpta id confirmari, nonne adversus regulam juris facimus, quæ vetat quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere? *L. quod initio, infr. de reg. jur.*, non magis quam, cum sub alia quavis conditione mutuum pendere posse dicimus, ut ex post facto existente conditione confirmetur; quod fieri posse inter omnes convenit, *L. proinde, supr. eod.* Et recte; hic enim non tam contractus mutui ab initio vitiosus est aut inutilis, quam nullus; pendente enim conditione, non dicitur inutilis obligatio contrahi, sed nulla, *L. cedere, infr. de ver. sig.* Quod cum fit, quia cessant verba, ideo regula Catoniana locum non habet, *L. 1. infr. de reg. Cat.* Inde dicitur regula ad conditionalia non pertinere, *L. pen. infr. de reg. Cat. L. cætera, §. 1. infr. de legat. 2.* Est autem hujus generis mutuum, cum pecunia aliena creditur. Hic enim contrahitur mutuum sub tacita conditione si pecunia bona fide ab accipiente consumpta sit, aut alio modo ad eum pervenerit; qua conditione existente, incipit esse mutuum, cujus, ut dixi, obligatio nulla ante nata fuerat, *d. L. cedere.* ✝ Secun- 7
do loco quær[illegible]s, si, nummis alienis mutuo datis, recte [illegible] condictionem tunc nasci eum nummi [illegible] dolo malo accipientis consumpti sunt; qui convenit condictionem denegari adversus eum qui dolo malo consumpsit, cum æquum videatur hunc citius et multo magis teneri propter delictum? *§. sic itaque, Inst. de act.* Id caussæ est, quia, hoc casu, cessat ratio propter quam in superiore condictionem nasci volumus. Ideo enim nummi ab accipiente consumpti, ei condici possunt, quia videntur hac consumptione ad eum pervenisse, *L. non omnis, §. si pupillus, infr.* Quod in eo solum dici potest qui sine dolo malo consumpsit, huic enim jam amplius pecunia a domino auferri non potest; ad eum non pertinet, qui dolo desiit possidere, ab hoc enim non minus pecunia vindicari potest, quam si eam possideret, ut supra ostendimus. Quod si recte dicitur, nummos alienos accipienti condici non posse quamdiu ex-

stant, quia ab eo vindicari posse constat: necesse est et de iis idem dici qui ab accipiente dolo malo desierunt possideri, quando et hi in eadem causa sunt; unde et illud eveniet ut, hoc quoque casu, non videantur pervenisse ad eum qui accepit. Quo posito, consequens est jus illud superius de condictione tolli, ut quod hac sola ratione oitebatur, quia consumptione videretur pecunia fieri accipientis, arg. *L. quod dictum, supr. de pact.*
8 † Tertium quod circa condictionem pecuniæ consumptæ quæri diximus, positum est in *L. nam etsi.* estque ejusmodi, an quemadmodum, tota pecunia aliena quam mutuam dedi consumpta, totius pecuniæ mihi condictio nascitur; ita et si per partes consumpseris, singularum partium mihi statim nascatur, et possim per partes tibi condicere. Cui quæstioni ansam præbuerunt verba superiora, quibus condictionem in hac specie nasci dixerat: *si*, inquit, *nummos alienos tibi mutuo datos consumpsisti, condici tibi poterunt*: hoc in extremo hujus §.; item, cum nummi alieni credendi animo tibi dati sunt, *consumptis eis, nascitur condictio*: hoc *in pr. L. nam, etsi.* His verbis effici videbatur, pecuniam per partes consumptam, per partes condici non posse; utrobique enim datur condictio sub conditione si nummi ab accipiente consumpti sint. Itaque conditio universæ summæ mutuo datæ uni personæ adscripta est; quod cum fit, placet conditionem scindi non posse, sed totum quod in conditione est esse præstandum ut conditio impleatur, *L. cui fundus, supr. de con. et dem.* Hoc igitur non abs re quæritur, an hoc ipsum in hac condictione nummorum intelligi debeat, ut sic, nisi nummis omnibus qui dati sunt consumptis, condictio in proposito non nascatur. Et ne quis hic erraret (quod ante Papinianus fecerat), idem et nunc verbis Papiniani monet Ulpianus, quod de consumptis nummis dictum est, non sic accipiendam esse quasi dicatur condictionem tum nascituram, cum universi nummi alieni mutuo dati, consumpti fuerint; sed, ut quæque pars consumpta erit, ita et eam separatim ab eo qui pecuniam dedit condici posse, quasi mutuo videlicet in ea sola contracto. Et certe, si tota pecunia ab initio mutua facta esset, liceret creditori partem tantum petere, *L. quidam, infr.*; multo magis tum licebit, ubi nihil amplius quam id quod petitur, mutuum factum est. Notandum quod ait Papinianus, *cum per partes consumpsisti, me per partes condicturum*, et addit: *si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram.* Quod ideo additum est, non quod, etsi non essem admonitus fuisse alienos, sed meos fuisse putarem, non possem partem crediti condicere si vellem; sed quia, si vellem totum recipere quod mutuum factum est, non possem quin totum condicerem, si putavi nummos fuisse meos; quoniam hoc modo omnes mutuos esse factos existimarem. † 9
Quod reliquum est, pecuniam consumptam non sic accipimus ut res cæteras quæ dicuntur usu consumi, cujusmodi est vinum, oleum, frumentum. Hæ res dicuntur consumi uso, cum utendo penitus absumuntur, ita ut esse etiam desinant in rerum natura; quod vino contingit cum ebibitur, oleo cum editur, frumento cum in farinam redigitur, aut omnia ad alios usus vitæ necessarios adhibentur: at pecunia consumi intelligitur, cum quis ita utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorum quæ data sunt, certo non appareant, sive id corporibus sublatis contingat, sive his integris in rerum natura manentibus. Itaque, si quis pecuniam acceptam conflat et in aliam speciem argentum vel aurum transfert, consumit is quidem pecuniam sine dubio; quia, forma sublata qua res constabat, pecunia exstinguitur, si verum est, ut est, unamquamque rem propria sua forma perfici et stare, *L. si is qui quadringenta, §. ult. infr. ad L. Fal.* Nec quia, pecunia conflata, iterum argentum in pecuniam converti potest, ideo pecunia ipsa adhuc manere putanda est, juxta distinctionem juris receptam in *§. cum ex aliena, Inst. de rer. divis.* Non enim potest materia iterum ad veterem speciem redire sine principis auctoritate; quæ cum intervenerit, nemo dicet novam monetam esse eam rem quæ prius fuerat, cum ut esset, et a forma et a principe nunc primum acceperit. Sed quamvis, post pecuniæ usum et tractationem, corpora nummorum adhuc exstent; si tamen species ipsa nummorum eo adducta erit ut non appareat, pecunia consumpta intelligetur. Id contingit, cum quis nummos acceptos ita aliis miscuit, ut discerni non possint; usque adeo ut placeat, eum qui accepit, ea re dominum fieri, *L. si alieni, infr. de solut.*; non alia de caussa omnino, quam quod res exinde exstare desiit, et in ea caussa esse ut posset a domino vindicari. Quo recepto, non mirum si vel una hac ratione possit pecunia hoc casu condici ei qui accepit, cum constet, dominio pecuniæ creditæ in accipientem translato

confirmari mutuum, *d. L. indebiti*, §. 1. *infr. de cond. ind.* Interim duas res exigit superior definitio ad consumptionem; pecuniæ quasi interitum quendam, et accipientis usum, seu factum quod ei interitui caussam præbuerit. Primum, qui pecuniam accepit; ut illa utetur, ut eo facto corpora priora vel non exstent, vel discerni non possint; quandocumque tandem postea id contigerit. Id nisi fiat, pecunia consumpta dici non potest. Proinde, si tibi pecuniam alienam mutuam dederim, tu autem acceptam alii vel donaveris, vel credideris, vel creditori tuo solveris; quamdiu nummi apud possessorem secundum ita exstabunt, ut discerni possint; non videbuntur nummi a te consumpti, qui ita exstant ut possint vindicari a vetere domino et possessori illi auferri, ac per possessorem tibi. Quapropter, tantisper nec eos nummos tibi condicam tamquam consumptos, condicturus tunc, cum secundus possessor aut conflaverit, aut miscuerit, aut aliter amiserit, ut jam ea pecunia tibi per illum auferri non possit. Sed non est satis pecuniæ speciem ita evanescere ut amplius non appareat, ut dici possit ab accipiente consumpta. Desiderat etiam consumptio factum consumentis; est enim consumere, non simpliciter rem amittere, sed facere ut eam, vel ejus discretionem amittas. Quapropter, si quis pecuniam alienam quam mutuo acceperat, casu amiserit; non dicemus eum tamquam pecunia consumpta teneri, qui pecunia non est usus, nihil fecit denique quo pecunia auferretur. Idque eo magis dicendum est, quod non potest intelligi pecunia ad eum pervenisse qui ita amisit; neque enim videri potest rem habere sic ut esset mansura, qui, prius quam haberet, amisit, *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Et tamen, nisi pecunia ita consumpta sit, ut videatur pervenisse ad eum qui accepit, condictio non nascitur, ut declaratur in *L. non omnis*, §. *si pupillus. infr. eod.*; nisi forte quis dicat, non consumi quidem pecuniam sine alicujus facto; sed cujus facto consumatur, ejusne qui accepit an alterius cujuslibet, atque adeo casu, nihil referre. Quod non ita est. Ab accipiente consumi debere hi loci satis probant: *quod si sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt*, ait Ulpianus in extremo hujus §., et paulo post in L. nam etsi: *si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris*: ut appareat, quod generaliter dicitur in pr. *d. L. nam etsi*, si fur nummos tibi credendi animo dederit, consumptis eis, nasci condictionem, referri debere ad te qui accepisti, et ita intelligi debere, *consumptis eis ab accipiente*. Idemque faciendum est in *d. L. non omnis*, §. *si pupillus*: ubi scriptum est, pupillum *si sine tutoris auctoritate crediderit, consumpta pecunia, condictionem habere*. Consumpta pecunia, intellige ab eo qui accepit: idque ita accipiendum esse, ratio subjecta evidenter ostendit, cum ait Julianus id fieri *non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum qui acceperit pervenisse*. Jam dixi non posse intelligi ad eum pervenisse, si, prius quam eam in suo jure haberet, alieno facto amisit, nec ipse usus est. Nec movere nos debet quod Accursius dicit in *d. L. non omnis*, §. *si pupillus*, si hanc sententiam recipimus, fore ut sit deterior conditio pupilli pecuniam suam dantis, quam ejus qui major, pecuniam suam transtulit; de quo illic dicemus. Sane, si pecunia ab alio ita consumpta sit, ut in rem accipientis verteretur, perinde habendum erit ac si ab eo consumpta esset, *L. si a furioso, seq.*

Ad L. *Si a furioso.* I.X.

Pomponius *Lib. 6. ad Plautio.*

Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit; condictionem furioso acquiri Julia ait. Nam ex quibus caussis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem etiam furioso acquiri. Item si is qui servo crediderat, furere cœperit, deinde servus in rem domini id verterit; condici nomine furiosi posse. Et si alienam pecuniam credendi caussa quis dederit, deinde furere cœperit, et consumpta sit ea pecunia condictionem furioso acquiri.

S U M M A R I A.

1. *Consumptionis effectus in mutuo.*
2. *Mutuo data pecunia, nondum consumpta, quibus casibus condictio danti non acquiratur.*
3. *Furioso quibus ex caussis acquiratur condictio, pecunia ab eo mutuo data, et qua, quave ex caussa.*

Etsi condictio quæ hic dicitur, consumpta pecunia, furioso acquiri, non per omnia ex mutui caussa acquiritur, ut illa quæ, pecunia consumpta, acquiritur homini sanæ mentis; de qua supra proxime dictum est: tamen non eo minus pertinet hoc fragmentum ad superioris sententiæ confirmationem, ut non immerito ei sententiæ subjiciatur.
1 ✝ Est enim locus de vi consumptionis pecuniæ, habetque hanc sententiam: quibuscumque in caussis mutuum danti condictio non acquiritur ante consumptionem, in his omnibus hanc vim esse consumptionis, ut consumptæ pecuniæ condictio acquiratur etiam furioso; unde intelligitur multo magis acquiri eam homini sanæ mentis qui pecuniam crediderit; de quo supra. ✝ Fit autem
2 ut numeranti non acquiratur condictio ante consumptionem, tribus in caussis hujusmodi: si furiosus crediderit; si homo sanus crediderit, sed servo alieno; si crediderit libero, sed pecuniam alienam; nam furiosus, citra controversiam, negotium ab initio contrahere non potest. Sanus potest, sed servo alieno credendo, non acquirit solidam actionem, nisi pecunia in rem domini versa sit atque hoc modo consumpta, si modo nihil sit in peculio, aut non tantum quantum numeratum est, §. *præterea, Inst. quod cum eo.* Libero autem pecuniam alienam credendo, nemo prius actionem acquirit ex numeratione et mutuo, quam pecunia ad accipientem pervenerit; quod, alia acquisitione remota, non fit nisi consumendo. Id Pomponius sentiens, consulto harum caussarum enumeratione hoc loco usus, in singulis docuit, consumpta pecunia, condictionem acquiri furioso; idest, in prima quidem specie, ei qui et ab initio furiosus fuit, et nunc est; in duabus autem posterioribus, ei qui ante consumptionem creditæ pecuniæ furiosus factus est: scilicet huc spectans, ut enumeratione specierum generalem sententiam esse probaret quam dixi, primum de condictione per consumptionem pecuniæ furioso acquirenda, sic deinde in universum de vi consumptionis. ✝ 3
Quæret ergo aliquis, qua ratione placeat, his casibus tribus, condictionem furioso acquiri, cum furiosus nullum negotium possit contrahere, *L. in negotiis, infr. de reg. jur.* Respondet Pomponius eo fieri, quia, ex quibus caussis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem acquirantur etiam furioso. Significat, ex his caussis futurum esse ut, si creditor sit sanæ mentis, consumpta pecunia, condictio ei acquiratur etiam ignoranti: quod quam verum sit, postea intelligetur. Si acquiritur alias ignoranti, consequens esse ut ex eadem numeratione et post consumptionem acquiratur furioso. Recte: si quid enim jure ignorantibus tribuitur, id necesse est ex verbi significatione et ratione legis ad furiosos

pertinere; nam et furiosus ex numero est ignorantium, cum nihil intelligat: nec caussa ulla est cur ignoranti acquiratur, alii qui in eadem caussa sit, non acquiratur. Hinc regula superior pro jure certo usurpata et hic, et in *L. si a furioso, infr. de ob. et act.* §. *sui autem, Inst. de her. quæ ab int. def.* Sed nondum dubitatio omnis sublata est: constat enim ratio cur creditori sano, consumpta pecunia, condictio acquiratur, quippe ex ea re mutuum cum illo contrahitur, ut supra ostendimus; id inter sanos consistere potuit: unde et caussa obligationis in ea specie manifesta est; simul ea caussa, etiam quæ hic sit condictio intelligitur: at cum furioso mutuum non potest contrahi, neque porro sine caussa ulla esse potest actio; unde rursum, mutuo sublato, caussa obligationis, et propter caussam genus quoque condictionis in dubium revocatur. Et in eo qui cum esset sanæ mentis, pecuniam credidit, deinde furere cœpit, facilior explicatio est. Etsi enim pecunia consumatur tunc cum is jam furiosus factus est, tamen nihilominus recte cum eo confirmatur solidæ pecuniæ mutuum, quod illius consensu ab initio recte contractum erat; contractum enim erat sub conditione, si aut servus pecuniam in rem domini verteret, aut liber debitor pecuniam alienam acceptam consumeret: quandocunque implebitur hæc conditio, pariet obligationem mutui, etiam si ignorante creditore conditio exstiterit, *L. a Titio, infr. de ver. ob.*, et quidem ut videatur mutuum retro ab initio contractum, quasi eo tempore quo datum est, sine conditione datum esset, *L. potior. infr. qui pot. in pig. hab.* Atque id fieret citra controversiam, tunc cum, eo qui sanus crediderat, in eodem statu manente quamvis ignorante, pecunia consumpta esset. Quod in sano creditore ignorante juris est, probandum est et in eo quo, furioso jam facto, eadem conditio exstitit. Quapropter, ut bene hic de duobus caussis posterioribus scriptum est, si sanus crediderit servo alieno, deinde, creditore furioso facto, pecunia in rem domini versa sit; incipiet adversus dominum servi in solidum esse actio, quæ prius aut nulla erat, aut non nisi de peculio, *d.* §. *præterea, Inst. quod cum eo.* Et ne quis actionis caussam requirat, erit actio ex caussa mutui, quod ab initio inter creditorem sanum et servum fuisse contractum existimandum est; quo tempore constat potuisse consistere mutuum. Similiter, si sanus crediderit pecuniam alienam, deinde furere cœperit; etiam hoc casu, consumpta deinde pecunia, condictio furioso acquiretur tamquam ex mutuo, quasi et id ab initio contractum fuerit, quo et ipse eo tempore recte contrahere potuit; unde et quæ sit hic condictio, sua sponte intelligitur. At in eo qui ab initio fuit furiosus, nihil hujusmodi dici potest; non enim huic, ex eo quod postea factum est, potest confirmari mutuum quod ab initio cum illo nullum interpositum fuit, ne sub conditione quidem; furiosus enim, ut dixi, nullum negotium contrahere potest. Quam ergo condictionem hic esse volumus? Et de eo ex caussa condictionis statuendum est: nam cum condictio sit actio in personam, §. *appellamus, Instit. de act.*, omnis autem actio in personam sit ex contractu aut maleficio, ex quasi contractu aut quasi maleficio, §. 1. *Inst. de act.*; nisi hic unam aliquam ex his caussis posuerimus, nulla condictio esse poterit. Rursum, aliqua posita, nihil negotii erit videre quæ hic condictio competat, cum ex caussa pendeat species et nomen condictionis. Ac primum hoc constitui debet, non posse in proposito actionem ullam esse ex contractu. Jam enim dixi, furiosum nullum negotium contrahere posse, *d. L. in negotiis*; quod non ad mutuum tantum, sed ad omnes contractus pertinet: nam quod quidam dicunt, mutuum præcipue re contrahi, nihil ad rem pertinet: sic enim re contrahitur, ut constet etiam duorum consensu, *L.* 1. §. 1. *sup. de pact.* Quod adjiciunt, secutam consumptionem vim consensus habere, aperte falsum est: neque enim accipientis consumptio unquam effecerit quin furiosus sit furiosus: nullus autem consensus in furioso. *L. furiosi, infr. de reg. jur.* Num ergo erit actio ex maleficio? Posset hic esse maleficium, si is qui pecuniam accipiebat, sciret eum qui dabat, furiosum esse, aut postea admonitus furiosum esse, pecuniam retineret. Sic enim furtum faceret is, qui pecuniam alienam fraudolenter, puta ignorante domino sciens contrectaret, *L.* 1. § 1. *infr. de fur.*, unde ei nasceretur condictio furtiva. Nunc autem consulto hic proponitur is pecuniam accepisse, qui furiosum esse compotem mentis putaret; qua adjectione et furtum accipientis, et condictio furtiva aperte excluditur. Neque porro ullum hic quasi maleficium, aut ullus quasi contractus facile occurrit ex iis quæ in his generibus recensentur sub *tit. Instit. de oblig. quæ ex qua. con.* et *tit. Inst. de obl. quæ ex qua. mal.* Dixerit aliquis, hic satis esse caussæ ad accipientem obligandum, quod pecunia sumpta ad eum pervenit sine caussa. Certe, quoties pecunia alterius apud alterum sine caussa deprehenditur, ex æquo et bono eam

condici posse constat, *L. pen. infr. de cond. ind.*, et si aliæ condictiones deficiunt, est condictio sine caussa, *L. 1. infr. de con. si cau.* Si hæc ex contractu non nascitur, at certe nascitur ex quasi contractu; ultra autem caussa sit, nihil magnopere ad rem pertinet, dum sit aliqua; nam unam aliquam quærimus. Qua ratione, non omnino abs re vulgo hanc condictionem in hac specie admiserunt; pecunia enim mutui caussa accepta est, quam caussam hic nullam esse certum est: quod cum accidit, ibi maxime huic condictioni locum esse constat, *L. ult. infr. de cond. si cau.* Ego autem puto, condictionem sine caussa ex contractu esse, seu ex eo quod inter dantem et accipientem tacite agitur; quod cum in furiosum non cadat, ideo non magis in hac specie huic condictioni locum esse posse, quam condictioni certi ex caussa mutui. Quæ indebiti condictionis caussa est, eadem est et condictionis sine caussa; nam et indebitum sine caussa datur, atque ob hanc caussam etiam revocatur. *L. pen. infr. de cond. ind.*; at qui indebitum solvit, ideo indebiti condictionem habet, quia hoc ipso quod solvit, aliquid negotii cum accipiente contrahit: ita enim dat tamquam debitum ut, si debitum non sit, datum nolit, itaque tacite id agat ut reddatur; ac nisi id negotii contrahatur, nulla sit condictio, *L. si in area, infr. de cond. ind.* Quare, et in cæteris quæ dantur ob caussam, quæ caussa nulla est, idest quæ dantur sine caussa, idem negotium contrahi intelligendum est; ac nisi contrahatur, nulla inde obligatio fuerit, *L. non omnis, infr. eod.* Quænam igitur caussa obligationis et condictionis in specie proposita relinquitur? Non alia occurrit, quam negotiorum a furioso gestorum; hæc vero quin intervenerit non dubito; furiosus enim tradendo pecuniam accipienti, facit ut illa acceptam deinde in rem suam verteret: post quam consumptionem, apparet furiosum impendisse quid in rem accipientis, idque utiliter; in quo accipientis negotium utiliter gestum est, unde et negotiorum gestorum actio, *L. 2. supr. de neg. gest.* Nec quisquam dicat, furiosum non fuisse hoc animo ut accipientis negotium gereret; negotiorum enim gestorum actio acquitur omnibus qui negotium alienum re ipsa gesserunt, etiam si se gerere ignoraverint, *L. ult. supr. de neg. gest.* Quæ res facit ut, in hac caussa, quomodo actio acquireretur sano ignoranti, sic et acquiratur furioso. Non obstat, quod in §. *furiosus, Inst. de inut. stip.* dicitur, furiosum nullum negotium gerere posse; hic enim gerere pro contrahere positum est, ut indicat regula juris in *L. in negotiis. infr. de reg. jur.*, quæ ita concepta est, ut neget furiosum non ullum negotium gerere, sed contrahere posse, at cum furiosum a pupillo in hac re distinguit, non in negotiis gerendis distinguit, sed nominatim in contrahendis. Quæ si vera sunt, jam potest de genere condictionis intelligi. Nempe condictionem certi hic intelligere debemus, de qua in *L. certi, supr. eod.* et cam ex caussa negotiorum gestorum, uti certum est hanc condictionem, quemadmodum ex aliis caussis omnibus ex quibus certum petitur, ita etiam ex negotio gesto competere *L. in duobus, §. exceptio infr. de iurej.*

Ad L. *Nam et si*. 13.

Ulpianus *Lib.* 26. *ad Edictum.*

Nam, et si fur nummos credendi animo dedit, accipientis non facit; sed consumptis eis, nascitur condictio. Unde Papinianus libro octavo Quæstionum ait. Si alienos nummos tibi mutuo dedi, non ante mihi teneris quam eos consumpseris. Quod si per partes eos consumpseris, an partes tibi condicam; quærit: et ait condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partes condico, quia nondum totos consumptos compereram.

Exposui ad L. rogasti, §. ult. supr.

Ad §. *Si servus communis.*

Si servus communis decem crediderit; puto, sive administratio servo concessa est, sive non, et consumuntur nummi, quinum competere actionem. Nam et si communes tibi nummos credidero centum; posse me quinquaginta condicere, libro octavo Quæstionum Papinianus scribit; etiam si singula corpora communia fuerint.

SUMMARIA.

1. *Communi pecunia duorum mutuo a servo dato, dominis pro numero nummorum condictionem acquiri, non divisione corum.*

1 Servus unius domini, si pecuniam domini mutuam det, ejus condictionem domino acquirit; si quidem voluntate domini dederit, statim; sin contra voluntatem, tunc cum nummi consumpti fuerint, *L. rogasti*, *§. ult. supr.* Eadem ratione evenire necesse est in servo duorum dominorum, ut si is pecuniam dominorum communem mutuam det, iisdem conditionibus condictionem acquirat, non uni domino (quandoquidem duos habet, et eorum pecuniam dedit), sed utrique pro portione; de quo hoc loco. Quod solum si hic statueretur, nihil erat quod de eo quidquam nominatim moneret Ulpianus, cum ex superioribus res esset expedita. Sed progreditur quæstio longius, idque est quod præcipue hoc loco agitur. Inde enim quæsitum est in hac divisione condictionis, pro qua parte hujus pecuniæ condictio dominis acquiratur; utrum pro parte indivisa singulorum corporum, an vero pro iis partibus quæ fiunt numero. Et ait Ulpianus, si decem, exempli gratia, a servo communi data sint, *quinum*, idest quinorum nummorum singulis dominis *competere actionem*; significans hos nummos inter dominos dividi non corporibus, sed numero, idest ita, non ut singuli habeant partem indivisam in singulis ex decem, sed ut decem numero in quina, seu in bis quinque divisis, uni domino cedant solida quinque, alteri altera quinque; atque hoc modo singulis pro his partibus condictio acquiratur. *Nam, etsi* inquit *unus ex dominis ipsis nummos communes crediderit centum, potest, auctore Papiniano, quinquaginta condicere.* His exemplis confirmatur ea sententia, quæ clarius aliis locis generaliter tradita est: eam pecuniam, itemque res cæteræ quæ pondere, numero mensurave constant, inter aliquos dividi debent, divisionem inter eos fieri numero, non ita ut partes singulorum corporum cuique

debeantur. *L. in stipulationibus, infr. de verb. obl. L. cum Stichus. infr. de sol.* Addit Ulpianus. *etiam si singula corpora communia fuerint.* Quibus verbis declarat scire se singula corpora nummorum, tunc cum data sunt, communia fuisse, et hoc aliquid dubitationis adversus superiorem sententiam afferre posse: se tamen quominus in ea sententia cum Papiniano maneat, ea objectione non moveri. Sed cur non movetur? nam, si singuli socii singulorum corporum domini fuerunt, etiam singulorum corporum partem mutuo dedisse intelliguntur: quamobrem et ejus partis condictionem esse oportuit. Dicendum est hæc vere dici, si divisionem naturalem hic sequamur; sed jure civili ea divisio recepta est quam dixi, ut pecunia inter plures socios pro numero nummorum dividatur, propter utilitatem et commoditatem, *d. L. cum Stichus, infr. de sol.* Utilitas et commoditas in eo est, quod cum in hac divisione non est periculum ne creditor plus accipiat, aut debitor plus solvat; tum vero facilius est debitori quinquaginta expedire quæ det uni ex creditoribus, quam dare solida centum, quantumvis danti cum accipiente futura sint communia: et creditori facilius tractare quinquaginta sua, quam centum pro parte indivisa.

Ad L. *Si filiusfamilias* 14.

Idem *lib.* 29. *ad Edictum.*

Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam, solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur. Sed si consumpti sunt nummi a creditore, Marcellus ait cessare condictionem; quoniam toties condictio datur, quoties ex ea caussa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset; in proposito autem non esse. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum, crediti magis est cessare repetitionem.

SUMMARIA.

1. *Consumptionis effectus;* et num. 6.
2. *Solutæ a filiofamilias pecuniæ quæ illi mutuo data erat, nec vindicatio illi, nec condictio competit.*
3. *Nummos a filiofam. solutos, quos pater possit vindicare.*
4. *Adventitii etiam peculii nummos esse patris.*
5. *Peculii administratione libera concessa, non ideo filium posse de peculio solvere quod mutui nomine debuerit.*
7. *Pecuniæ a filiofam. solutæ et translatæ condictionem patri non dari; et cur.*
8. *Pecuniæ a filiofam. solutæ quæ patris esset, deinde post bona fide consumptæ, patri condictionem non dari, quomodo accipiendum.*

1 Explicatur hoc loco quod de pecunia numerata et apud accipientem consumpta, proxime dictum est: ut scilicet quod traditum est, pecunia consumpta, esse condictionem, intelligatur locum habere in mutuo de quo illic actum est, et generaliter in iis caussis in quibus, si pecuniæ dominium in accipientem translatum esset, statim nasceretur condictio: contra vero, quibus in caussis, si dominium translatum esset, condictio non nasceretur, in his, nec pecunia consumpta, nasci condictionem. Quod huc pertinet in summa, ut declaretur, in condictione acquirenda, consumptionem pecuniæ vim translationis habere, nihil amplius: ita fieri ut, ubi pecuniæ translatio condictionem det, illic det et consumptio: ubi autem, dominio translato, nulla condictio sit, ibi nec condictio sit ex consumptione. Id autem demonstratur hoc loco in hac specie: Senatusconsultum Macedonianum filiofamilias certis conditionibus mutuam pecuniam dari vetat; certe, si data sit, vetat eo nomine dari actionem. *L. 1. inf. de Sen. Mac.* Contra hoc senatusconsultum, fi-

liusfamilias mutuam pecuniam acceperat. Is, cum senatu consulti exceptione tutus teneretur, tamen bonam fidem agnoscere volens, pecuniam ultro solvit. Quæsitum est, an ejus pecuniæ exstantis vindicatio patri danda sit, consumptæ condictio. † Consulto de patre tantum hic quæritur, non etiam de filio, quia hoc ratum esse debet, filio, in proposito, pecuniæ ab illo ita solutæ neque vindicationem esse posse, neque condictionem. Non datur ei vindicatio, quia hæc tantum domino competit, *L. in rem, supr. de rei vind. L. actionum, infr. de obl. et act.* Filius autem familias, quacumque p cunia ab eo soluta sit, ejus solutæ dominus esse non potest; nam, si pecuniam castrensis peculii solvit, idest suam, hoc ipso dominium translulit quia voluit; quo facto, simul et dominus esse desiit, *§. per traditionem, Inst. de rer. divis. L. si procurator meus, infr. de acq. rer. dom.*; sin pecuniam dedit profectitii peculii aut adventitii, non potest nunc ejus dominus esse, qui ante non fuit; nam ante dominus non fuit, ut paulo post amplius dicetur: vindicatio ergo pecuniæ, ut dixi, filiofamilias non datur. Multo vero minus datur condictio; non enim ita solvit ut repeteret, quin potius ita ne rep teret; solvit enim non errans aut coactus, sed sciens et sua sponte: nunquam autem numeratio obligat eum qui accepit, nisi cum id ipsum agitur ut confestim obligetur, *L. non omnis, infr. eod.* Sed et natura debitum solvit: hujus debiti soluti nulla est condictio, quamvis is qui solvit, exceptionem perpetuam habuerit, *L. si pœnæ, L. qui exceptionem, infr. de con. ind.*; quare recte solum de patre hic quæritur. De quo hoc in summa responsum est Ulpiani: exstantium quidem nummorum qui a filiofamilias soluti sunt, patri vindicationem dari posse; consumptorum autem, si quidem bona fide consumpti sint a creditore, ut vindicationem, sic condictionem
3 omnino non esse. † *Patri* inquit *nummos vindicanti, nulla exceptio objicietur*: si hoc dicit, patrem nummos a filio solutos omnimodo vindicare posse ita ut nulla possit exceptio vindicanti opponi (quæ, prima fronte, horum verborum sententia esse videtur), sententia multis modis falsa est. Quid enim, si filius solverit pecuniam alienam? hanc pater qui dominus non fuit, vindicare non potest, *L. in rem, supr. de rei vind.* Quid, si pecunia fuit peculiaris, sed castrensis peculii aut quasi castrensis? Hæc filii propria fuit, non patris, ut, si a filio in aliquem translata sit, non possit a patre, neque hac neque alia actione revocari, *§. 1. Inst. quib. non est per. fac. test.* *L. 1. §. nec castrense, infr. de coll. bo.* Illud quidem absurdum est, patrem ejus pecuniæ dominum videri post ejus alienationem, si ante quam alienaretur, dominus non fuit. Quid, si non sit pecunia castrensis peculii, sed adventitia, donata tamen filiofamilias ea conditione ut eam creditori solvat, et solverit? Placet videri eam, quasi a donatore profectam, fieri accipientis, ut pater vindicare vel repetere non possit, *L. sed. etsi, §. 1. infr. de sen. Mac.* Quid ergo est? Et verba superiora diligenter expendenda sunt. Non dicit Ulpianus patrem nummos vindicare posse, sed *patri vindicanti nullam exceptionem objici*. His verbis *patri nummos vindicanti* exprimitur conditio, si pater nummos vindicet, nempe jure vindicet ut suos, ut verbum cum effectu accipiatur, *L. pen. §. 1. supr. si quis eum qui in jus vo. est.* Itaque hoc dicere intelligitur: si pater vindicet nummos qui ejus ante fuerunt, non ideo eum exceptione summoveri posse, quia filius eos creditori suo solverit; ut definitio sit, non de vindicatione, sed de exceptione vindicanti non opponenda, quæ ex facto fieri nasci videbatur; de quo mox. Convenit autem inter omnes, conditionem non ponere aut affirmare id quod est in conditione, *L. si quis sub conditione, infr. si quis omis. cau. test.* Quapropter, hæc conditio *si pater nummos suos vindicet* non statuit nummos a filio solutos, semper futuros patris, ut eos pater jure pro suis possit vindicare; sed significat, si aliquando ejus erunt ut tamquam suos vindicet, tum fore ut *vindicanti nulla exceptio objiciatur*. Ita, nihil amplius hæc conditio tribuit patri in vindicando, quam quod ei per jus licet facere. In quo, si quæritur quid ei liceat, dicendum est patrem nummos a filio solutos vindicare posse, eos tantum qui fuerunt patris cum solverentur. † In hoc numero esse omnes cum 4
ejus proprios, tum filii peculiares, qui profectitii peculii aut adventitii fuerunt; nam profectitium peculium omni jure est patris, *§. 1. Inst. per quas per. no. acq.* De adventitia pecunia dubitari potest, propter constitutiones quibus adventitiorum bonorum usufructus tantum patri tribuitur, *d. §. 1. L. cum oportet, C. de bon. quæ lib.*; sed, ut jam supra dixi ad *L. 2. §. creditum, eod.*, proprium hoc est pecuniæ, vini, olei, et similium rerum quæ usu consumuntur; ut, cum earum usufructus constitutus est, propter usumfructum, etiam proprietas earum rerum in fructuarium transferatur, quia sine proprietate fructuarius eas res suo jure consumere, idest his uti et frui non

posset, *L. si vini, supr. de us. ear. rer. quæ us. cons.* Quæ res facit ut, usufructu honorum adventitiorum jure patri tributo, etiam superiorum rerum proprietas eodem jure patri data intelligatur. Solum ex adventitiis nummis excipiemus eos qoi ita donati sunt filio, ut eos creditori solveret; nam hi soluti fiunt creditoris, ut supra diximus, qoasi a donatore ipso ad creditorem profecti; *L. sed, etsi, §. 1. de sen. Mac.* Et certe, non proprie hi nummi dici possunt esse quæsiti ot sint in peculio filii, cum ita dati sint ne apud filium maneant, *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Cætera quæ filios solvit, aut plane aliena sunt, aut sunt peculii castrensis vel quasi castrensis; quorum nihil est patris, eoque nec potest ab illo vindicari, nam et peculium eastrense et quasi eastronse proprium est, ut dixi, filiorum familias, *§. 1. Inst. per quas pers. no. acq.* Quæ ad jus et dominium nummorom pertinentia, quia in jure vetere olim eerta erant, ideo Ulpianus quorum nommorum vindieatio patri competeret, hic prætermisit. Tantum attigit in ea vindicatione, quod de exceptione videbatur posse dubitari, num qua scilicet exceptio quandoque patri nummos suus vindicanti, posset objici ex facto filii. Diceret enim aliquis, eum filius peconiam mutuatus quam natura debeat, ultro nummos peculiares solverit et bonam fidem io eo sit secutus, iniquum esse eos creditori auferri, qui suum receperit; proinde et patri eos quandoque vindicanti, doli mali exceptionem opponi posse. Sed hoc explicatu facilius est, si nihil de alienatione peculii filiofamilias a patre concessum erit; dicetur enim creditori, nihil dolo facere patrem qui, suum vindicando, suo jure utitur, *L. nullus videtur, infr. de reg. jur.*; Nam, quod filius eos nummos solvit, factum filii esse, quod patri nocere non potuit, *L. filius, C. de pact. L. solvendo, supr. de neg. gest.* Illud magis dubium: quid enim, si pater concesserit filio liberam peculii administrationem, et filius peculiares nummos solverit? an nun saltem hoc easu, filium recte, ut ex voluntate patris, solvisse dicemus; ot, si pater contra quam voluit pecuniam repetat, meri-
5 to doli mali exceptio illi objiciatur? † Ulpianus his verbis, *nulla exceptio objicietur* indicare voluit, ne hanc quidem concessionem administrationis obstare posse patri quominus pecuniam a filio solutam vindicet. Et recte; hac enim concessione non continetur alienatio donationis caussa facta, *L. 2. infr. de don. L. 3. in pr. illic, ut puta, infr. de sen. Mac.* Cum autem filiusfamilias pecuniam sibi contra senatusconsultum creditam solvit, intelligitur donare; non enim cogebatur solvere, tutos exceptione senatusconsulti: donari autem intelligitur quod, nullo jure cogente, conceditur, *L. donari, infr. de reg. jur.* Hæc de vindicatione exstantium nommorum. De consumptorum condictione videamus. Ait Ulpianus, de Marcelli sententia, *si fuerunt consumpti a creditore nummi, cessare condictionem.* Prius. de vindicatione osteoderat, hanc eessare in persona filii: nunc de condictione scribit indefinite *hanc cessare*, ut intelligeremos in totum eessare, idest. non tantum in persona filii qui consulto ita solvit ne unquam repeteret, sed etiam in persona patris de quo præcipue quæritur, quamvis nihil ille fecerit quominus repeteret. Hic occurrebat ex adverso exemplum ejus pecuniæ quæ a servo mutua data est; hæc in caussa est ut, quemadmodum exstantis vindicatio domino datur, ita et eonsumptæ detur condictio; quam sententiam prius legimus in *L. rogasti, §. ult.* et *L. nam, etsi, supr. eod.* Cur non igitur idem statuamus et in pecunia quæ a servo aut filiofamilias soluta est; ut. quoniam exstantis vindicationem patri dominove competere placet, similiter etiam et consumptæ condictionem acquiri admittamus? Nos, opinor, commodissime et brevissime ita responderemus, aliam caussam esse pecuniæ a filiofam. aut servo mutuo datæ, aliam solutæ. Mutuo datæ et consumptæ condictionem patri dominove acquiri, quia ea lege data est ut redderetur, et ex ea nomeratione nasceretur obligatio; quæ conventio consumptione, tamquam translatione quadam dominii confirmatur. Mutata ratione, evenire ne solutæ et eonsumptæ condictio patri aut domino acquiratur, quippe non eo animo pecuniam solvi ut inde obligatio nascatur, sed potius contra, ut pecunia perpetuo apud creditorem maneat; neque vero contra conventionem obligatio ex numeratione nasci potest, *L. non omnis, infr. eod.* Ita et conventio et propositum eorom inter quos res agitur, has numerationes aperte distinguit. Sed visum est Marcello alia ratione objectionem diluere, ut velit quidem et ipse, aliam caussam esse pecuniæ mutuo et similibus ex caussis datæ, aliam solutæ; † 6
sed similitudinem statuat in eo, quod in mutuo et similibus caussis si pecuniæ dominium statim transferatur, confestim quoque nascatur condictio; in pecunia autem soluta nequaquam. Sic autem definit: *quoniam, toties condictio* (intellige nummorum

consumptorum de quibus est sermo) horum, inquam, consumptorum *tobes condictio datur, quoties ex ea caussa actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset.* Exempli gratia; in mutuo si statim pecuniæ dominium ad accipientem transeat, statim is quoque obligatur teneturque danti certi condictione. *Inst. quib. mo. re cont. ob. in pr.* In hac caussa recte dicetur, etsi ab initio pecunia ad accipientem non transierit, si tamen ab eo consumatur postea, condictionem acquiri vel danti vel ei cujus sit in potestate. At quamobrem? non propter conventionem, sed propter potestatem consumptionis, quæ translationis vim obtinet; ut consequens sit, quæ translatis nummis condictio est, eamdem et his consumptis, tamquam translatis, esse debere. Hoc autem sentit Marcellus, toties solum condictionem nummorum consumpturum dari, quoties ex ea caussa, quam diximus, numerati sunt, non aliter. Unde ita assumit: *At in proposito non esset.* Hoc dicit: at in proposito, cum pecunia a filiofamilias soluta est, si dominium ad accipientem transisset, non esset actio ex ea solutione. Ex quo intelligi vult, nec si nummi postea consumpti sint, qui traslati ab initio non erant, condictionem futuram ex consumptione. Et recte hoc quoque statuit ex eadem vi consumptionis; ut enim plurimum consumptioni tribuamus, tamen hoc summum est, quod pro dominii translatione habetur. *L. non omnis, §. si pupillus, infr. eod.* Est autem absurdum, consumptionem, quæ similitudinem tantum translationis habet, plus posse quam veram translationem. Quare, recte colligitur, si quibus in caussis naturalis pecuniæ translatio condictionem non parit, in his consumptionem
7 multo minus parituram. † Quod ait, in proposito actionem non esse, si pecuniæ a filiofamilias solutæ dominium statim ad accipientem transiret, certissimum est. Quid enim si nummos solverit voluntate patris? non solum hic videbitur ipse pater nummos dedisse, sed etiam mutuum comprobasse; quo casu cessat senatusconsultum. *L. si tantum, L. si filiusfa. infr. de sen. Mac.* Idem est, etsi filius nummos castrensis aut quasi castrensis peculii solverit, nempe suos, *L. 1. in fin. et L. 1. infr. eod.* Idem, si solverit pecuniam sibi donatam, ea condictione ut eam creditori solveret, *d. L. sed, etsi, §. 1. infr. eod.* Sed tamen, quo certius sit, dominio pecuniæ solutæ statim translato, pecuniæ condictionem non dari, omissis omnibus aliis argumentis, hoc ut certissimo utitur: *Denique, inquit, per errorem soluti contra senatusconsultum crediti, magis est cessare repetitionem.* Argumentum est efficax ex comparatione majorum; facilius enim pecuniæ per errorem solutæ repetitio detur, quam consulto solutæ; imo illic condictio prodita est, hic cessat repetitio, *L. 1. infr. de cond. ind.*; proinde majus et difficilius, pecuniæ per errorem solutæ condictionem denegari. Atqui, si filiusfamilias, pecuniam contra senatusconsultum mutuatus, per errorem solvat dum putat se teneri; sive in jure erret sive in facto, ejus pecuniæ repetitionem non habet, quia natura debuit, *L. sed etsi, in fi. et L. seq. infr. de sen. Mac. L. qui exceptionem, infr. de con. ind.*; multo ergo minus pecuniæ condictionem habebit, si consulto solverit. Notandum autem quod dicitur, soluti contra senatusconsultum crediti cessare repetitionem. Recte soluti, ut intelligamus, ejus crediti solutionem ei qui mutuum accepit nocere. Diversum est si is, paterfamilias factus, id creditum promittendo solum caverit; nam, si per errorem facti promiserit, cautio ei non nocebit, quin si ex ea petatur, defendetur in factum exceptione, *L. ult. infr. de sen. Mac*; et hactenus Marcelli ratio
et rationis confirmatio intellecta est. † Sed 8
videamus ne sententia ipsa falsa sit, cum ait sine exceptione, nummis consumptis, in proposito cessare condictionem: et ad id probandum æque ratio ejus infirma. Esto enim ne sit condictio indebiti, aut alia quæ adversus bonæ fidei possessorem detur: at certe poterit interdum esse condictio furtiva. Quid enim, si creditor scivit nummos qui a filio solvebantur, esse peculiares; proinde hujusmodi qui essent in dominio patris? Hic condictione furtiva sine dubio tenebitur, ut qui alienos nummos sciens contrectet, et contrectando furtum faciat. *L. 1. §. 1. infr. de fur. L. 3. C. dep.* Cumque hæc condictio domino competat, *L. 1. infr. de cond. fur.*, necesse est eam in proposito dari patri, qui nummorum dominus fuerit. Nec minus, nummis furtivis consumptis quam exstantibus datur, ut est jus hujus condictionis. *L. in re furtiva, L. ultim. infr. de cond. fur.* Ad hanc porro condictionem removendam, plus quam ineptum sit dicere ideo eam non competere, alienis nummis consumptis, quia, si dominium eorum ab initio translatum esset, non competeret; cum nunquam, neque exstantibus neque consumptis nummis, aliter competat quam si dominium in accipientem non sit translatum. Et non dubium est quin in proposito falsum sit, consumptis nummis, cessare condictionem, si id dictum sit de omni con-

ditione, vel potius de omnibus creditoribus, non solum qui filium pecuniæ transferendæ jus habere existiment, sed etiam qui sciant non habere. Sed ex conditione adjecta apparet de qua condictione Marcellus sentiat; et per condictionem, de quibus creditoribus. Cum enim ait *cessare condictionem, si fuerunt consumpti nummi*, perspicuum est sentire eum de ea condictione quæ hac ipsa conditione competat, *si nummi consumpti fuerint*, seu quæ consumptis nummis nascatur, cum prius non competeret. De hac si quæritur, verissime dicetur omnem eam in proposito cessare, quæ ex consumptione nascatur; habetque id manifestam rationem quam supra dixi; quia, cum de vi consumptionis agitur, absurdum sit ad condictionem pariendam plus posse consumptionem, quæ imaginaria quædam translatio est, quam veram translationem. At hoc ad condictionem furtivam non pertinet; hæc enim non nascitur nummis consumptis, sed exstantibus, dum scilicet contrectantur exstantes adhuc: ex quo eum semel nasci cœperit, tum deinde etiam consumptis nummis perseverat. Quinimo, quamvis consumptis nummis, jure tamen non videtur condictio furtiva competere, nisi exstantibus; quoniam his consumptis, ideo tenetur fur, quia perinde nummi habentur quasi exstarent, propter moram quam fur perpetuo facere intelligitur, *L. in re*, §. *L.* 1. *ult. infr. de condict. fur.*, cujus vis est ea, ut res post moram, exstincta, semper exstare intelligatur, *L. nemo rem*, §. 1. *infr. de ver. ob.* Ex quo intelligimus, de condictione furtiva Marcellum non sentire, sed eam removere verbis: proinde nec agere de eo creditore qui sciverit nummos alienos a filiofam. solvi, sed de eo qui bona fide pecuniam acceperit et consumpserit, sive quod solventem filiumfamilias esse ignoraret, sive quod dum sciret esse filiumfamilias, tamen persuasus esset solutam pecuniam esse castrensis peculii, aut eam quæ filiofamilias donata esset ea lege ut creditori solveret; quibus casibus, pecuniam recte solvi et in accipientem transferri supra ostendimus. Et in summa, ex hac conditione si nummi consumpti fuerint, manifestum est Marcellum et Ulpianum agere de ea solutione nummorum, quæ omnia alia habens ad defensionem creditoris, nihil patri relinquat ad condictionem soluti, præter unicam nummorum consumptionem; quod non cadit nisi in eam quæ creditoris bonam fidem in accipiendo et consumendo habeat. Quod si ita est, intelligere possumus nihil huic loco adversari *L. sed, etsi*, §. 1. *infr. de sen. Mac.* Quod enim illic ita scriptum est: *si pecunia filiofamilias simpliciter donata sit, alienationem nummorum filium non habere; et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere*, significat quidem patri eam competere, non tantum si nummi exstent, sed etiam si consumpti sint. Sed agitur eo loco de ea pecunia quam constet a filiofamilias solutam, et ei donatam fuisse *simpliciter*, non ea lege ut creditori solveret. Idque intelligitur ex eo, quod non dubitatur an creditor tutus sit propter bonam fidem, sed an ob id solum, quod pecunia quæ soluta est, donata fuerit filiofamilias ab extraneo, non autem a patre profecta; quasi ideo videatur cessare debere repetitio, quia ejus pecuniæ solutio patri non noceat, ut cui eo facto nihil absit. Et placet nihil prodesse creditori quod pecunia donata sit filio; quia, etsi quæsita est ex caussa donationis, quæsita est tamen, et quæsita patri; ut proinde filius ejus deinceps alienationem non habuerit. Sed et illic de eo creditore agi, qui pecuniam ita simpliciter donatam non ignoret ut diximus, multo certius ex eo intelligitur quod Ulpianus sine hæsitatione ait, *si filius eam pecuniam solverit, condictionem patri ex omni eventu competere*. Ut enim his verbis non dubitatur quin dicat patri condictionem competere ex hoc eventu si nummi consumpti sint; ita nec illud dubitandum est, quin in alterum quoque eventum condictionem competere dicat, etsi nummi adhuc non sint consumpti, sed extent; ut sit sensus, condictionem patri competere ex consumptis nummis et exstantibus. Constat autem patri eidemque domino condictionem exstantium nummorum nullam dari, nisi furtivam; id enim est quod dicitur, neminem rem suam condicere, præterquam a fure, §. *sic itaque*, *Inst. de act.* *L. ult. supr. usuf. quem. cav.*

Ad L. *Singularia*. 15.

Idem *Lib.* 31. *Digest.*

Singularia quædam recepta sunt, circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis nummos meos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est; ut, cum ex caussa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit ut crediti nomine eam retineas; videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.

SUMMARIA.

1. *Mutuum quibus in caussis benigne contrahatur.*
2. *Scopus et sententia Ulpiani in hac* L.
3. *Capita summa de quibus hic quæratur.*
4. Recepta, *non* præcepta *hic legendum, ut in* Florent.
5. *Singularia quæ in mutuo, et quibus in caussis recepta?*
6. *Speciale nihil in specie* L. certi §. nummos, *hic.*
7. *Singulare nihil in mutuo consumptione confirmato.*
8. L. si pro mutua, C. eod. *exposita.*
9. *Singulare nihil in pecunia quam tutor sibi creditum scribendo, sibi mutuam facit.*
10. *Singulare nihil in eo quod, pecunia mutuo data et in stipulatum deducta, ex stipulatione debetur.*
11. *Singulare non est quod ex mutua pecunia non debentur usuræ citra stipulationem.*
12. *Singularia in mutuo recepta, cur recepta?*
13. *Singularia recipi circa pecuniam creditam, quomodo accipiendum; et crediti verbo mutuam intelligi debere.*
14. *Singularia in mutuo recepta recte dici, etiam quæ in aliis rebus et caussis recepta sunt.*
15. *Singulare receptum in mutuo, non significat speciale et proprium.*
15. *Mutuum contrahi, cum jussi debitorem meum pecuniam tibi dare, ut eam ex mutui caussa mihi debeas; et cur.*
17. *Celeritate actionum conjungendarum unam actionem occultari, quid sit in* L. 3. §. ult. D. de donat. int. vir. et uxo.
18. *Brevis manus.*
19. *Debitore meo pecuniam tibi dante jussu meo, mutuum inter nos contrahi, si convenit ut esset mutua.*
20. *Item, si mihi ab illo dari pecunia potuit, et a me ad te proficisci; et hoc quibus rebus contineatur.*
21. *Item, si pecunia tibi a meo debitore data sit.*
22. L. qui negotia. mand. *quam multis nominibus videri possit contraria huic* L., *et difficultas conciliationis.*
23. L. qui negotia, mand. *species et sententia.*
24. *Epistola.*
25. *Apud se esse. idest domi.*
26. L. singularia, in fi. *species. qua in re discrepet a specie* L. qui negotia. *et quam cum illa non pugnet; deque Ulpiani sententia.*
27. *Retinendi verbum.*
28. *Fingi factum, ubi fieri potuit.*
29. *Mutuam pecuniam recte dici tunc fieri, cum convenit cum præsente debitore ut eam crediti nomine retineret, nec refragari Africanum.*
30. *Benigne receptum, quid sit in* L. qui negotia.
31. *Conciliationis utriusque loci summa.*
32. L. si pro mutua. C. si cet. pet. *explicatur.*
33. L. si ex pretio, C. si cer. pet. *sententia.*
34. *Mutuam pecuniam fieri, de qua convenit ut debitor eam retineret, etsi pecunia in conspectu creditoris non fuerit; et quatenus ut dari possit exigamus.*
35. *Ex vetere caussa debitorem liberari, qui ex mutui caussa eamdem pecuniam debere incipit; et quo jure liberatur.*

Quod exigitur in mutuu, ut de meo tuum fiat, *L. 2. h. appellato, sup. eod.*, id efficit ut, sive pecunia omnino nulla tibi data fuerit, idest ita aliunde tradita ut tua fieret; sive data quidem, sed non a me profecta; idest non ita data ut tua fieret de meo; cum tu tamquam mutuam, seu mutui nomine mibi debere non possis. Sane, si quis suam mutuam dedit alii tamquam meam seu meu nomine, ut mea fieret et tamquam mutua mihi deberetur; perinde habetur quasi ego dedissem, sive ego mandavi ut ille daret, sive, cum me absente dedisset, ego ratum habui. Ideo, utroque casu, condictionem ejus pecuniæ mibi acquiri placet, *L. certi, §. si nummos. supr. eod.* Quæ condictio cum secundum regulas mutui acquiratur, utpote de pecunia quæ voluntate domini mea facta sit, et a me per illum tradita, ut suo loco ostendi; fatendum est, eam jure communi, nun singulari acquiri. Tunc ergo a me non profectam accipiemus, cum neque ego dedi, neque alius meo nomine. Quod si fit, pecunia, ut dixi, secundum legem supra scriptam tibi mutua nun efficietur, ut mihi eam crediti nomine debeas; multoque minus, si omnino nulla pecunia tibi ab ullo data sit. Et hoc subtilitas juris exigit, sed non est perpe-
1 tuum. ✝ Jure enim singulari benigne quibusdam in caussis receptum est ut, quamvis neque ego pecuniam vere tibi dederim, neque alius meo nomine; tamen efficiatur mutua, et mihi eo nomine obligeris, si convenerit inter nos ut tu eam tamquam a me tibi creditam mibi deberes; non id quidem quia in his plane mutetur superior regula mutui, ut possit esse mutuum ubi a me creditore pecunia profecta non sit et de mea tua facta, quod facere juris interpretum non fuit; sed quia in his humanum sit, perinde baberi quasi mea fuerit et a me profecta, quæ re vera profecta non fuit. Caussæ autem hæ sunt tres; una, cum tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, dedi lancem ut venderes et pretio utereris, et usus es. Hic enim pretii pecunia eo loco babetur ac si tu eam a me accepisses; quod non est iniquum ita existimari, ob id quod per caussam rei meæ eam habeas, rem autem meam in hunc usum prius a me acceperis; de qua specie dictum est in *L. rogasti, supr. eod.* Altera est, cum, te mutuum rogante, non dedi ipse de meo, sed curavi ut tibi daretur de eo quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare; quod, vitandi circuitus caussa, ita acceptum est quasi ille prius mibi dedisset, ego deinde tibi; idque jus de hac specie ita argumenti loco hic affertur, ut tamen statuatur pro certo; idemque confirmatur in *L. qui negotia, vers. item quod si. infr. mand.* Differt autem hæc species ab illa, cum quis nummos suos dedit tanquam meos meo nomine, quam initio attigi. Illic enim dantur nummi nominatim et mea caussa, et in hoc ut mihi, tamquam crediti mei nomine, condictio acquiratur. In hac autem altera de qua agimus, debitor solvit quidem nummos meo jussu, sed tamen tua caussa, nempe liberandi sui, non ullius crediti contrahendi, et mibi acquirendi gratia. Tertia species est, de qua hic ex professo agitur, cum debitori meo, petenti, permisi pecuniam quam mihi ex alia caussa debebat, sibi retinere crediti nomine; in qua specie, exemplo superioris, mutuum hoc loco ab Ulpiano admittitur. Ex his tribus caussis, etsi duæ priores nonnihil dubitationis primo habuerunt, facilius tamen in his mutuum receptum est; certe facilius recipi potuit ideo, quia nun est in his omnino nuda conventio inter nos ut pecuniam mutuam mibi debeas; sed, aut proficiscitur a me in te aliquid, quod traditum, pecuniæ vicem habeat, aut alius dat pecuniam tamquam de meo, cum dat quod mihi debetur. In tertia difficilius fuit recipi, ut in qua constet nullam omnino ullius rei aut personæ numerationem seu traditionem intervenire; sed sine traditione, convenit ut pecuniam quam mihi debebas, crediti nomine retineres. Hinc controversia de hac specie major, ut declarat disputatio Africani, non temere nec passim mutuum in hac specie admittentis in *L. qui negotia, infr. mand.* Inde et quæstio ac disputatio hujus loci. ✝ In quo unum hoc propositum est Ulpiano probare, 2
in hac quoque specie recipiendum ut conventione superiore pecunia mutua efficiatur; nam quod de singularibus quibusdam in mutuo receptis initio dicit, quodque subjicit de illa specie, cum jussi debitorem meum tibi dare, utrumque argumenti loco per occasionem positum est, adhibitum ad superiorem sententiam confirmandam, ut collectio ex priore specie subjecta, aperte ostendit in illis verbis: *quod igitur in duabus personis*; nam si regulam de singularibus illis initio positam, exemplis declarare vellet, post priorem illam speciem quam posuerat, ita subjicere debuit: Idem et in ea specie receptum est, quæ sequitur: definitio enim, non de singularibus recipiendis concepta erat, sed de receptis. Hæc caussa est cur, contentus dicere *singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam*, nihil addidit ad ejus definitionis explicationem,

et exemplo utens, unum tantum attigit de quo constaret; nam de altero satis ostendit dubitari. Scilicet, ad in titutum probandum, erat satis hæc ita poni ut posuit, nec erat necesse longius persequi quod alterius rei caussa adhibebatur; alioqui, si quid de his rebus definire vellet, certius eum aliquid et plenius tradere oportuit. Hoc intelligi, in primis, ad cognitionem hujus loci conducet; quod, cum non minus ad defensionem boni auctoris pertineat, non debuit hujus consilii ratio a nobis initio prætermitti. Sed quod dico, singulis partibus ad id de quo quæritur accommodatis, facilius intelligetur. Institutum est, ut dixi, Ulpiano docere, si pecuniam ex caussa mandati mihi debeas, et convenerit ut crediti nomine eam retineas, etiam in hac specie recipiendum esse ut pecunia fiat mutua. Ad id efficiendum, hanc rationem et ordinem sequitur: Principio, quia huic sententiæ maxime juris communis ratio obstabat, ideo ab hujus partis occupatione statim orditur. Diceret enim aliquis (quo argumento, ut verisimile est, maxime ab iis qui dissentiebant occurrebatur, licetque id conjicere ex *d. L. qui negotia, infr. man.*), singulare quiddam esse et plane novum, dici contrahi mutuum sine ulla numeratione; proinde, ut in superiore specie, pecunia conventione fiat mutua, ubi numeratio nulla intervenit, recipiendum non videri; alioqui futurum esse ut fiat contra rationem et regulas juris de mutuo constitutas, cum id singulare dicatur quod est hujusmodi, *L. in his. et L. jus singulare, supr. de legib.*; nihil autem contra regulas juris admitti posse aut debere, *L. contra, supr. de pact.* Et Ulpianus ab hujus, ut dixi, objectionis occupatione ordiens, ostendit non esse cur ea re quisquam moveatur, quominus in proposito mutuum recte contrahi statuat; singularia enim quædam recepta esse circa pecuniam creditam, indicio esse *quod, si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis*. Quo dicto significat fateri se, et in ea specie de qua quæritur, singulare esse si quis dixerit pecuniam conventione mutuam fieri, quamvis eam a me non acceperis; sed non ideo id recipiendum non esse, quippe et alia quædam esse singularia quæ non eo minus recepta sint circa pecuniam creditam, quale est illud quod exempli loco subjungit. Proinde, si idem in proposito recipitur, nec mirum nec novum videri debere. Neque tamen, ex eo quod singularia quædam circa mutuum recepta sunt, veluti in ea specie quam probationis loco addidit, continuo efficitur idem jus et in proposito recipi debere, si nihil amplius sit in utraque specie, quam jus singulare. Multa enim sunt singularia, neque omnia sunt ejusdem generis, neque demque omnia mutuo conveniunt; quod vel maxime in his caussis licet perspicere: nam illic, cum debitor meus dat pecuniam, numeratio pecuniæ vera intercedit, quæ cum jussu meo proficiscatur a meo debitore, est cur debeat pro mea existimari: et hoc ad mutuum satis. In proposito autem, cum jubeo debitorem meum pecuniam mihi debitam apud se crediti nomine retinere, nulla omnino numeratio intervenit, neque mea neque alterius; non est autem mutuum, nisi pecunia proficiscatur, *L. 2. §. creditum, supr. eod.* Ideireo Ulpianus, cum priora posuisset, et hinc vellet quod sentiebat, efficere; non statim et præcise intulit ideo et in specie proposita, mutuum esse recipiendum; sed addidit, quo intelligeremus et priorem speciem quam exempli gratia posuerat, et eam de qua quæritur, utramque ita esse ejusdem rationis ut, si in priore mutuum recipimus, consequens sit et in proposita esse admittendum. Et hoc est quod, priore specie posita, ita colligit: *quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est; ut, cum ex caussa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*. Duas personas, in priore specie, intelligit personas duorum debitorum meorum, veteris et novi, quorum unus tantum dat pecuniam, nempe prior, et ea solutione liberatur; alter tantum accipit, et crediti nomine accipiendo, ex ea caussa mihi obligari incipit. Unam personam, in posteriore specie, intelligit personam unius debitoris mei, de quo superiore conventione id agitur ut pecuniam det ex vetere caussa, atque hoc modo ea obligatione liberetur; et idem eamdem pecuniam ex crediti caussa accipiat, eoque nomine mihi jam obligetur. Quid est autem quod, in priore specie, in duabus illis personis debitorum meorum recipitur circa pecuniam creditam? Id quod significat in extremo; ut nimirum, propter conventionem mutui quæ mihi cum posteriore debitore intercedit, pecunia illi a me credita fiat; non quia illi a priore data sit, quod per se ad mutuum est inutile, ubi meo nomine non datur; sed quia videatur mihi prius data pecunia et deinde a me ad posteriorem profecta, *L. 3. §. ult. infr. de don. int. vir. et ux.* Fingamus hoc idem in posteriore specie, ut, cum convenit ut unus idem-

que debitor pecuniam ex vetere caussa debitam, ex nova crediti mihi deberet, videatur mihi pecunia ab illo data et a me rursum ad eum profecta: necesse erit ob eamdem caussam, pecuniam mutuam fieri; quia, si vere res ita gesta esset, utrobique mutuum citra controversiam pariter consisteret. At, in unius hujus persona, idem quod in duobus debitoribus fingere debemos: quod, prioris fictionis ratione cognita, paulo post suo ordine intelligetur. Quapropter, et in hujus persona, ex superiore conventione, mutuum eodem modo, quamvis singulari jure fiat, recipiendum est. Hæc Ulpiani sententia est de proposita specie, hæc ejus confirmatio, hic ordo et progressus confirmationis: cujus partes nobis separatim amplius attingendæ sunt; habet enim unaquæque suas dubita-

3 tiones et suas quasdam cautiones. ✝ De quibus ut certius et distinctius cognosci possit, præcidam initio quæ hic capita sint, et quid in unoquoque dubitetur. Apparet autem hic tria esse capita. Primum continet generalem hanc definitionem, singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam: in quo quærendum omnino est quæ sint illa singularia, quomodo singularia, et cur recepta; tum quid valeat hoc *circa pecuniam creditam*. Secundum pertinet ad eam speciem, eum jussi debitorem meum tibi pecuniam dare, quam tamquam a me creditam mihi deberes: in quo quæritur quam recte hoc ipsum receptum sit, ut videatur pecunia mihi a priore debitore data et deinde a me ad novum debitorem profecta, cum constet nihil horum intervenisse re vera; et num nihil referat, pecunia a priore posteriori data sit, an promissa; et si data est, utrum me præsente data sit, an absente. Tertium proprium est hujus loci, pertinetque ad eam speciem, eum jussi debitorem meum pecuniam quam mihi ex alia caussa debet, sibi retinere crediti nomine: in quo non solum dubitatur an recte Ulpianus hanc speciem cum priore comparet, quæ videtur longe esse dissimilis; sed etiam an omnino ejus sententia de hac specie recipienda sit, ut quæ videatur, velut ex professo, non tam responso Africani, quam manifestis ejus rationibus refelli in *L. qui negotia, infr. man.*; et in summa, quibus omnibus collatis locis, de hac parte vere statui possit. Ergo de his ut est propositum, eodem ordine dicemus.

Primum, ait Ulpianus, SINGULARIA QUÆDAM RECEPTA SUNT CIRCA PE-

4 CUNIAM CREDITAM. ✝ Ubi notandum est legi debere, ut in Pandectis Florentinis, *recepta*, non ut in aliis exemplaribus, *præcepta*, quæ lectio olim vulgo recepta erat. Nihil enim hic ille præcipit ut fiat, sed tantum quid in mutuo aliis placeat, et quid in eo vulgo receptum sit, narrat. Sic et Africanus loquitur in *d. L. qui negotia, man.* Qui, quod placuit pecuniam fieri creditam, cum jussi debitorem meum tibi dare, benigne

receptum dicit. ✝ Hic quæritur, ut dixi, quæ 5
sint ista singularia, et cur singularia vocemus. Et *singularia* dicimus in re quaque, quod fit contra regulam et rationem juris ejus quod observatur in ea specie de qua agitur. *d. L. in his*, juncta *L. jus singulare, supr. de leg.* Hinc in mutuo singulare, quidquid contra regulas et naturam mutui in eo recipitur; cujusmodi est, quoties placet pecuniam tibi a me fieri mutuam, ubi re vera pecuniam non dedi, sed tantum perinde habetur quasi dedissem; si quidem lex et ratio mutui id exigit ut de meo tuum fiat, ut initio hujus legis diximus. Hujusmodi singularia quæ in mutuo recepta sint, videamus. Et puto, non alio in genere recepta esse, quam cum mutuum a creditore datum non est, et tamen hoc ipsum ita accipitur ac si datum esset, si conventio de pecunia mutua inter creditorem et debitorem intercesserit. Ut autem videatur ita datum quod ab illo datum non sit, tribus illis in caussis receptum esse quas initio quoque sum complexus; cum scilicet dedi tibi lancem ut venderes et pretio uterere; cum jussi debitorem meum tibi pecuniam dare: cum debitori ipsi meo permisi crediti nomine retinere quod mihi ex alia caussa debebat; quarum, de prima constituitur in *L. rogasti, supr.*: de duabus posterioribus hac L.; utque in his tribus recipitur id singulare quod dixi, ita puto non recipi in pluribus. At enim, hoc modo eveniet, dixerit aliquis, ut non plura singularia recepta sint circa pecuniam creditam, sed unum, nempe ut fingatur pecunia mea a me tibi data, quæ data non est. Nunc autem hic dicimus, non unum aliquid singulare receptum esse, sed singularia quædam. Et genere quidem, hoc unum est quod fingitur, sed caussæ plures et diversæ in quibus id recipitur. Id in his receptum, plures itidem mutui species singulares efficit, quæ et ipsæ in caussa mutui receptæ sunt. Hæ receptæ, sunt illa singularia quæ recepta esse dicimus circa pecuniam creditam; et quoniam species numero non multæ sunt, sed paucæ; ideo dicuntur singularia quædam hic recepta esse, non singularia multa, aut singularia indefinite. In summa, cum de mutuo ut mutuo agitur, ut in tribus illis caussis superioribus mu-

tuum benigne et singulari jure receptum est, ita non plures videntur, mihi quidem non plures occurrunt, in quibus singulare quidquam admittatur circa pecuniam mutuam, ut mutuam.
6 † Nam, ut paucis attingam ea quæ vulgo, magno apparatu in hoc numero recensentur: quod placuit, si quis nummos suos tibi dederit tamquam meos quamvis absente me et ignorante, tamen te mihi obligari, *L. certi. §. si nummos, supr. eod.*, nihil est in eo mutuo singulare, sed omnia regulis juris consentanea, sive de pecunia a me in te transferenda, sive de actione mihi acquirenda agitur, ut in ejus loci explicatione docuimus.
7 † Sed et illud quod, pecunia aliena data, placet mutuum pecunia consumpta confirmari (quod vulgo in hoc genere numerant), non magis singulare est in mutuo, quam illud ut mutuum pendeat, donec pecunia fiat accipientis; nam et consumptio pecuniam accipientis facit, si modo is bona fide consumat, ut ostendimus ad *L. rogasti, §. ult. supr.* Prius autem ex mutui natura est, eoque ex jure communi, *L. proinde, supr. eod.*, quamobrem non potest quin sit et posterius. Quod autem vulgo statuunt, quamvis rem æstimatam pro pecunia mutua dari posse, ut, si data sit, ea summa fiat mutua quæ in æstimatione dicta est; non nego esse ejusmodi quod merito numeretur inter singularia ista recepta in mutuo, si quidem verum esset; sed aperte falsum est: re enim obligatio contrahi, ultra quam datum aut acceptum est, non potest, *L. si tibi, in pr. supr. de pact.* Species autem hic datæ sunt, non pecunia; et quamvis ex rebus distractis possit pecunia confici; tamen neque id in ea specie factum est, ne-
8 que id etiam actum ut fieret. † Id tamen probari putant ex *L. si pro mutua, C. eod.*, quia illic constituitur, rebus ita pro pecunia mutua æstimatis datis, æstimationem eam peti posse. Sed non, si ea æstimatio peti potest, idcirco efficitur ut mutuam peti posse; imo ita petetur ut solet, cum alias res æstimatæ dantur. Æstimatio emptionem facit; et qui rem æstimatam accipit, is, tamquam emptor, summæ veluti pretii debitor efficitur. *L. plerumque, §. si ante, infr. de jur. dot. L. quoties, L. cum dotem, C. de jur. dot.* Erit igitur in superiore specie, non certi condictio ex mutuo, quod nullum est; sed, ut emptione contracta, ex vendito actio, *d. L. quoties, C. de jur. dot.* Illa vero qualia sunt, quæ sequuntur? In quibus mitto ea quæ, a veteribus quibusdam tradita, Bartolus et res ipsa satis rejiciunt. Tantum attingam ea vel quæ ille non
9 improbat, vel in quibus ipse hæret. † Tutor, inquiunt, sibi pecuniam pupilli creditam scribere potest, et scribendo, sibi mutuam facit. *L. quoties, §. non tantum, infr. de ad. tut.* Idem rem pupilli emere non potest; multo minus scribendo sibi emptam facere, *L. si in emptione, §. ult. infr. de con. empt.* Atqui horum utrumque ex jure communi est, et communi officio ac potestate tutorum, non ex jure singulari de quo agitur; atque adeo, in potestate tutorum, nihil hic inter pecuniam creditam et aliarum rerum distractionem interest. Pecuniam pupillarem sibi creditam sumere tutor potest, sed non quovis modo; verum bona fide, idest palam et aperte debitorem se constituendo, ut et extraneum quemlibet faceret debitorem pupillo, ut est in *L. non existimo, in fin. infr. de adm. tut.* Quod ita fit, ut ibidem adjectum est, si, dum alios contutores habet, ab his pecuniam mutuam accipiat, his caveat, certasque usuras promittat quas et alii debitores pupillo dependunt. Quod si tutor unus erit, nihil fit alienum a bona fide, si pecuniam sibi creditam palam et aperte scribat in rationibus tutelæ, ejusque pecuniæ usuras se debiturum, quantæ in ea regione ab aliis debitoribus accipiuntur. Cæterum, clam et mutuum dissimulando, pecuniam pupilli sumere eamque convertere in usus suos, non magis tutori licet, quam res cæteras; idque si faciat, legitimis usuris, idest maximis seu centesimis subjicitur, *L. 7. §. quod autem, d. L. non existimo, infr. de adm. tut.* Enimvero hoc idem juris est et in emptione rerum pupillarium, quæ distrahi possunt. Has tutor emere non potest, ut est in *d. L. si in emptione, §. ult. infr. de contr. empt.* Hoc sic accipiendum est, si non bona fide emat, nempe clam et privatim, id pretium statuendo quod velit; quod sine fraude pupilli fieri non potest, cum, si res publice venum exponerentur, possent pluris distrahi. At palam et bona fide, nihil ne tutor quidem ex bonis pupilli quæ distrahi possunt, comparare prohibetur, ut diserte scriptum est in *L. 5. C. de contr. empt.* Id autem fit, palam et aperte ita emendo, ut alius quivis extraneus faceret, dum scilicet ad auctionem exem[illegible]terorum admittitur, et res plurimo [illegible]ddicitur; quod cuivis in cujusvis [illegible]ne et licitatione concedendum est, [illegible]. *si in cau. jud. pig. capt. sit.* Sane, ad bonam fidem probandam, hoc distat mutuum pecuniæ ab emptione rei pupillaris, quod tutor non potest a se emere, quamvis scribat aperte in rationibus se emisse; quod in pecunia credita interdum secus est. Sed hoc,

inquam, non quia inter istos contractus quidquam intersit in potestate tutorum, constitutum est; sed quia non ita fidem suam probare tutor potest in emptione, res sibi emptas scribendo, ut potest in pecunia banc scribendo sibi esse creditam; idque propter incertitudinem pretii et certitudinem usurarum. Nam quod pretium in emptione statuat, non est certum; et ideo ex aliorum licitatione et æstimatione id statui debet; ex quibus intelligetur quod maximum pretium percipi potuerit. Usuræ autem pupillares quæ pro pecunia penduntur, sunt certæ: sunt enim eæ quæ in quaque regione frequentantur penduntur que a cæteris debitoribus, si apud eos pecuniæ collocarentur, *d. L.* 7. §. *quæ autem, in fin. infr. de ad. tut. L.*

10 1. *in pr. infr. de usur.* † Item ajunt: in mutuo hoc servatur ut, cum mutuam pecuniam quis dedit sine stipulatione, et deinde fecit stipulationem ex continenti (quod ita fit, si pecuniam dedit eo pacto ut ea sibi stipulanti promitteretur), pecunia ex numeratione non debeatur, sed solum ex stipulatione, *L.* 6. *infr. de novat. L. si ita, stipulatus*, §. *Chrysogonus. infr. de ver. obl.* Singulare hoc, inquiunt, et proprium mutui; quia jus facit ut, si semel contractus aliquis præcesserit et stipulatio de eadem re sequatur, non novetur præcedens contractus stipulatione, sed ex utraque caussa propriæ actiones nascantur; veluti, si in societate contrahenda convenerit inter socios quid in ea fieri et præstari vellent, idque ita inter se stipulati sint non novationis caussa; ubi eo nomine et societatis actionem, et ex stipulatu agi posse placuit, *L. duo, infr. pro soc.* Imo, hac ipsa ratione, nihil hic singulare in mutuo, atque adeo ne mutui quidem proprium. Singulare aut proprium mutui jus esset, si ex numeratione, tamquam ex certo aliquo contractu inde interposito, nasceretur a principio obligatio quæ deinde novaretur sequenti stipulatione; quod non ita est. Nam in hac specie, dum hujus juris ratio explicatur in *L. cum enim.* 7. *infr. de novat.*, nominatim ita traditur, cum, pecunia data, ex continenti eam stipulamur, non nasci obligationem ex numeratione, quia id agatur ut sola stipulatio teneat: quod si verum est, non possit hic aliunde quam ex stipulatione actio nasci, ubi non est aliud unde nascatur. Id vero et in omnibus aliis negotiis, jure communi, non dico fieret, sed necesse esset fieri, si ex priore caussa obligatio non nasceretur. Sed hoc ita est in aliis caussis ut, ex quibus placet obligationem nasci, quamvis stipulatio secuta sit, eæ sint ejusmodi quæ proprium contractuum perfectum habeant, ut societatem, quo exemplo supra usi sumus; unde non possit quin obligatio jure civili statim oriatur. Sed cur numeratio pecuniæ creditæ non habetur hujusmodi contractus, cum, si sine stipulatione numeratio interveniat, constet eam mutuum efficere, et ex ea nasci obligationem? Bene id Bartolus hoc loco expedit. Neque enim numeratio aut traditio rei, contractus est ipsa per se, sed prout contrahentibus visum est; ut quæ ad aliam rem institui possit, quam ut sit contractus, quod de emptione, societate, et similibus contractibus dici non potest. † Illud plane ridiculum 11
est quod inter singularia pecuniæ creditæ ponunt, quod in mutuo pecuniæ numeratæ non debentur usuræ citra stipulationem, *L. quamvis, C. de usur.* Si singulare intelligere debemus, ut debemus, quod est contra rationem juris communis: quomodo id singulare, quod jure publico constitutum est, ratione optima et æquissima, propter odium usurarum? Sin intelligunt singulare, id quod est speciale et proprium: quomodo hoc jus mutui proprium, quod constitutum est de contractibus stricti juris omnibus? aut quomodo pecuniæ proprium, quod, etsi in pecunia solum obtinet, quia et in hac solum usuræ locum habent; tamen palam est non propter pecuniam constitutum esse, sed odio usurarum? Quid de his dicemus quæ ab iisdem tamquam pecuniæ propria huc afferuntur, quasi ad regulam superiorem pertinentia? Pecunia, inquiunt, consumitur sola commixtione, fitque commiscentis, si nummi ita aliis admixti sint ut discerni non possint, *L. si alieni, infr. de sol.* Item, pecunia communis non corporibus dividitur ut res cæteræ, sed numero, *L. nam etsi*, §. *ult. supr. eod.* Item, res omnes pecunia numerata æstimari possunt, aliis rebus non possunt, *L.* 1. *infr. de contr. em. L. si ita fidejussorem, infr. de fid.* Item, si quis, acceptis ex hereditate centum aureis et prædio Tusculano, jussus sit portionem suam hereditatis restituere; placet eum prædium quidem hereditarium de communi habiturum, pecuniam autem de parte sua retenturum, *L. cum pater, in pr. infr. de legat.* 2. *L. deducta*, §. *acceptis, infr. ad Treb.* Etsi non est exploratum, solam pecuniam commixtione consumi, veriusque est idem in frumento alieno contingere, quod quis bona fide cum suo miscuerit, arg. §. *si duorum, ver. quod si frumentum, Inst. de rer. divi.*; etsi præterea divisio quæ numero

fit, non pecuniæ propria est, sed communis omnium generum, *L. in stipulationibus, infr. de ver. ob.*; postremo, etsi in ea specie, cum quis, accepta certa summa, jussus est portionem hereditatis restituere, valde ineptum est putare id pecuniæ proprium esse, quod eam summam deducit heres de portione tantum sua; cum id, non propter pecuniam respondeatur, sed propter voluntatem testatoris, secundum quam ea summa de tota hereditate deduci potuit, si testator aperte id vellet; hæc, inquam, etsi ita sunt, tamen volo omnia esse pecuniæ propria. At est hæc tractatio hoc loco aliena et plane nugatoria. Agitur hoc loco de his quæ sunt singularia in pecunia credita, idest quæ sunt non propria mutui, sed quæ sunt singularis juris, contra rationem juris communis recepta, ut exempla subjecta ostendunt. Superiora autem ista quæ in pecunia fieri diximus, omnia jure communi et ratione æquitatis nota, eademque naturæ pecuniæ maxime conveniente constant; non sunt ergo singularia. Sint tamen et hæc singularia, quia pecuniæ propria; at erunt ita propria pecuniæ, ut non magis hujus propria sint, quam illius; certe non magis creditæ quam donatæ, aut ex alia quavis caussa debitæ. Hic autem agitur de his quæ singularia sunt, non circa pecuniam, sed circa pecuniam creditam, idest mutuam; ex quibus jam intelligi potest quam recte singularia tam multa hic statuantur, præter ea quæ diximus. Quod si alia omnia ex hoc numero recte removimus, conficitur, singularia hic recepta circa pecuniam creditam, tres esse illas species quas supra po-
12 suimus, neque hic singularia plura esse. ⁜ Sed cur hæc etiam recepta sunt, cum, si sunt singularia, sint contra rationem juris constituta; nihil autem mutandum sit ex solemnibus, nisi ubi evidens æquitas id suadeat? *L. pen. supr. de in int. rest. L. rsi, infr. de reg. jur.* Et de prima specie dixi suo loco ad *L. rogasti, supr. eod.* De duabus ratio hic redditur; quæ cujusmodi sit, in singularium caussarum tractatione opportunius dicetur. Verba autem Ulpiani ob-
13 servanda sunt; ⁜ nam, cum dixisset singularia quædam recepta esse, nominatim addidit *circa pecuniam creditam.*; qui locus varie distinctus est. Difficultatem peperit hæc objectio: quæ aliis in rebus quam pecunia, itemque aliis in contractibus quam mutuo locum habent, non possunt dici singularia esse in pecunia credita, id est in pecunia numerata mutua; nam, quomodo singularia in hac re aut contractu, si sunt cum aliis rebus et contractibus communia? At ea de quibus Ulpianus loquitur, in rebus aliis quam pecunia, itemque aliis in contractibus quam in mutuo obtinent; non sunt igitur singularia hæc *circa pecuniam creditam*, idest circa pecuniam numeratam mutuam. Hæc objectio tenet eos qui in ea propositionem admiserunt; quod cum prope omnes fecerint, res in difficultatem inexplicabilem incidit, eoque in varias sententias distorta est, verius quam distracta. Illo enim concesso, hoc concedentibus restabat ad dissolutionem, ut, vel negarent aliis in rebus et contractibus eadem esse singularia recepta, vel dicerent Ulpianum verbis pecuniæ creditæ non significare rem certam aut contractum certum, sed generaliter rem omnem contractam; ut hoc dicere intelligatur, singularia quædam recepta esse, non in pecunia tantum aut in mutuo, sed in rebus aliis contractibusque omnibus: sed nihil horum licet dicere. Quid enim? negabimus, aliis in rebus quam pecunia, eadem singularia esse? Non recte negabimus; nam, si quis vinum oleum, frumentum certa mensura mihi debeat, et ego hæc mutuo tibi esse volens, jubeam debitorem meum tibi daro, et dederit; necesse est tibi mutua fiant, eadem ratione qua pecunia numerata fieret, si ille mihi pecuniam debuisset; cum enim cæteræ res mihi a debitore meo dari potuerunt, non minus recte in his licet dicere, eas videri a debitore mihi datas et a me ad te profectas. Atqui, hac ratione, pecuniam quam ille mihi deberet, eodem jussu fieri creditam hic scriptum est; par igitur et in cæteris rebus idem admittere, ut, quibus in rebus eadem ratio est, idem quoque jus statuatur, *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Sed quod in rebus negare non licet, licebit fortasse facere in contractibus, ut negemus in cæteris contractibus locum habere quæ in mutuo singularia esse hic dicuntur? Ne hoc quidem; nam si ego jubeam debitorem meum pecuniam tibi dare ut sit tibi a me donata, placet pro donata habere; idque eadem ista ratione qua hic utimur, quia et illic videatur pecunia mihi ab illo data et a me ad te profecta; usque adeo ut, si donatio inter nos consistat, puta, quia sis uxor mea, nummi intelligantur mei facti, non tui, sicque intelligantur vere mihi dati, non procuratori meo: nam alioqui ego dominus non efficerer, contra quam diserte traditum est in *L. 3. §. ult. de donat. int. vir. et uxor.* Idemque probandum est, etsi uxor dotem datura, jubeat debitorem suum marito pecuniam solvere, aut paciscatur cum debitore ut quod debet, doti sibi habeat, *L. si*

sponsalibus. §. 1. *infr. de jur. dot.* Ergo hac defensione exclusi tutius esse putabimus fortassis, quam (quod quidam ex veteribus fecerunt) confugere ad generalem significationem verborum; dicemusque locum sic esse interpretandum, ut velit Ulpianus singularia hæc de quibus agit, recepta esse in pecunia credita, idest in re omni contracta, quia et pecuniæ verbo res omnes continentur, *L. pecuniæ verbum*, *L. pecuniæ nomine*, *infr. de verb. sig.*, et crediti quoque verbum generale sit ad omnes contractus pertinens, *L.* 1. *L.* 2. §. *creditum*, *supr. eod*? Sed hæc tunc dici possunt, cum voluntas scriptoris non refragatur. Nunc autem perspicuum est Ulpianum hoc loco, pecuniæ nomine, intelligere eam quæ proprie ita dicitur, nempe pecuniam numeratam; creditæ autem verbo intelligere mutuam, uti et hoc verbum proprie de mutuo usurpatur, ut docui ad *L.* 2. *in fi. supr.* Quod non eo dico, quia hoc fragmentum in hunc titulum relatum sit (apparet enim ex inscriptione, sumptum esse ex libro trigesimo primo Ulpiani ad edictum, quo libro de mandatu scripsit), sed quia, cum hic dixisset, singularia quædam esse *circa pecuniam creditam*, hanc definitionem confirmaturus, exemplis usus est duobus; quorum in priore proponit nummos datos esse, et ita ut aperte in eo nummos vocet, quam prius pecuniam dixerat; in altero ait convenisse inter nos ut, quam pecuniam ex caussa mandati mihi debebas, eam crediti nomine retineres, ubi omnes consentiunt, crediti nomine idem valere quod mutui nomine. Neque enim dici potest convenisse inter nos ut pecuniam retineres cujusvis contractus nomine, cum inter nos id ageretur ut ex certo deberes, et eo qui alius esset ab obligatione mandati: crediti autem verbum, si ad speciem refertur, non solet pro alio contractu quam mutui usurpari. Quod si hæc in exemplis tantum sunt, non probavit Ulpianus definitionem propositam, si definitio de omnibus rebus debitis omnique contractu concepta est. Quamquam, si dederimus definitionem generaliter ita esse conceptam; tamen ne sic quidem effugiemus quin falsa sit, nam et in rebus donatis idem juris est, ut dixi *d. L.* 3. §. *ult. de donat. int. vir. et uxor.*: donatio autem accipientem non obligat. Ita semper verum erit, singulare id de quo hic agitur, etiam in aliis rebus quam creditis seu contractis receptum esse. Hæ sunt difficultates, quibus vulgus interpretum et se et hunc locum impediunt; quæ omnes illis ex eo natæ sunt, quod in superiore objectione concesserunt recte illud poni, si hæc de quibus hic agitur, aliis in rebus aliisque in contractibus obtinent, non posse ea dici, in pecunia numerata mutua, esse singularia: nam si id falsum est, nihil est quod metuamus aperte fateri. Ulpianum loqui de pecunia numerata mutua; et nihilominus hæc eadem singularia de quibus dicit, in aliis rebus et negotiis admittere; cum, si in omnibus admittantur, nihil in eo statuatur repugnans. † Et vero 14
ita se res habet, ut nihil magis falsum sit quam quæ in una re aut uno contractu dicuntur singularia, dici non posse in alia re et aliis contractibus recipi ut sint et illic singularia. Nihil enim prohibet quominus, quæ in quibusdam rebus aut quibusdam caussis singulari ratione æquitatis contra jus recepta sunt, hæc ipsa et in aliis eadem æquitatis ratione recipiantur; quod cum fiet, non minus vere dicetur in singulis generibus, singularia quædam in his esse recepta. Ita, qui singularia quædam recepta esse dicit circa pecuniam numeratam et circa mutuum, is aliis in rebus aut contractibus eadem locum habere posse non negat; et quia non negat, nihil dicit contrarium iis locis in quibus eadem alibi quoque recepta esse affirmatur. Id quod Bartolus, de sententia quorumdam aliorum, et hanc sententiam cordatiores ex interpretibus postea secuti, in contractibus admittere videntur; non enim dubitant pecuniam creditam hic interpretari mutuam, etsi in aliis contractibus eadem singularia agnoscunt. Sed, si satis explorata ratione id dicebant, quia statuerent eum qui unum dicit, alterum non negare; mirum est quæ religio eos tenuerit quominus pecuniam hic interpretarentur pecuniam numeratam: nam hanc Ulpianus intelligebat, ut qui eamdem postea nummos appellet: et in usu juris, cum conjunctim pecunia credita aut mutua dicitur, non alia accipitur quam pecunia numerata, ut in S. C. Macedoniano, *L.* 3. §. *is autem*, *L. item*, §. *mutui*, *infr. de Sen. Mac.* Nimirum id eo se facere ostendunt, quia verentur ne falsum sit, si dicantur hæc singularia esse in pecunia numerata, cum in aliis etiam rebus mutuis eadem singularia sint; at qui in pecunia numerata dicit esse singularia, is cæteras res ideo non excludit. Deinde, ipsis auctoribus, eadem singularia sunt in contractibus aliis quam mutuo; neque ideo tamen pecuniæ creditæ verbo interpretantur omnem contractum. Quid est igitur cur, propter eamdem objectionem, pecuniæ verbo interpretentur res omnes mutuas, contra usum verbi et auctoris mentem? Ex quo apparet eos, quale esset quod hic objicitur, et quod ipsi responderent, non

satis intellexisse. Nos de utroque ita sine offensione respondebimus: Singularia sunt hæc circa pecuniam numeratam recepta: sed non minus circa res alias. Singularia sunt in pecunia mutua; sed nihilominus et in donata, et in dotem data, et in similibus caussis; neque qui in una re aut caussa singularia quædam esse dicit, is in aliis eadem locum habere negat. Sed, si aliis quoque in rebus et contractibus eadem singularia admittimus, et nihilominus Ulpianum interpretamus dicere, singularia quædam esse circa pecuniam numeratam, et eam mutuam; videamus ne definitio dupliciter vitiosa sit, et quia inepta, et quia falsa. Inepta, quia nominatim adjecerit *circa pecuniam mutuam*, cum generaliter de omnibus et rebus et contractibus definire deberet, aut certe non potius unam speciem exprimere, quam cæteras. Falsa, quia vocet ea singularia in mutuo et pecunia, quæ sint mutuo cum aliis contractibus et rebus communia; quod significationi verbi adversari videtur. Sed nihil horum movere nos debet. Ulpianus adjecit nominatim circa pecuniam creditam, idest mutuam, quia proposito servire voluit. Si definitionem de singularibus tradere voluisset, quibus in caussis ea locum haberent, generaliter eum definire oportebat de omnibus; unam vero speciem exprimere in eo quod ad tam multas pertineret, non potuit nisi inepte. Sed proposita erat quæstio de pecunia numerata mihi debita, de qua convenisset ut esset debitori meo mutua sine ulla naturali numeratione; atque hanc mutuam fieri probare instituebat. Ad id defendendum, satis erat docere, singularia quædam recepta esse circa pecuniam creditam, huic de quo quæritur, similia. Idcirco, proposito serviens, de pecunia credita tantum dixit, omissa quæstione an in aliis quoque rebus mutuis et aliis negotiis eadem singularia locum haberent, quia ad institutum non pertinebat. Quod autem dixit, singularia quædam esse in mutuo, quæ sunt mutuo cum aliis contractibus communia, non potest falsum videri, nisi his

15 † qui putabunt singulare idem esse quod speciale, ut vocant, et proprium in mutuo. Quæ si verbi significatio esset, recte diceremus, quod esset singulare in re aliqua aut contractu aliquo, id ad alias res aut alios contractus non pertinere, quia quod alicujus rei proprium sit, id non sit commune. Sed longe aliud est singulare, aliud speciale vel proprium. Singulare est, ut sæpe jam diximus, quod contra rationem juris receptum est. Id nihil vetat quominus, receptum semel in una caussa recipiatur quoque et in aliis multis, eadem æquitatis ratione ita suadente, ut in singularibus his de quibus hic agitur, tum circa pecuniam numeratam, tum circa mutuum evenire diximus. Quod enim fit, apparet, quod in una caussa singulare sit, id ejus caussæ proprium non esse, sed cum aliis commune; et quidem ita, ut, cum commune sit omnium, nihilominus tamen recte dicatur in unaquaque singulare: quia singulare sit, non quod abhorreat ab aliis rebus et caussis, sed quod alienum sit a jure communi: quibuscunque autem in caussis id jus receptum sit, semper verum sit id a jure communi pariter recedere. Ac de definitione hujus loci satis dictum est. Venio ad eas species quæ sequuntur, in quibus reliqua duo capita ejus loci posuimus.

Secundum ergo caput † pertinet ad eam 16 speciem, cum jussi debitorem meum tibi pecuniam dare ut eam mihi ex caussa mutui debeas; in qua quæritur cur placeat te mihi obligari, cum, ut dixi, in mutuo pecuniam de mea tuam fieri oporteat, proinde et a me proficisci, ut sit a me mutuum: in proposito autem neutrum contingat, ubi et pecunia debitoris fuerit non mea, et ab illo profecta non a me, quoniam suo nomine dabat ut se liberaret, non meo, aut mutui mecum contrahendi caussa. Benigne hoc receptum est, inquit Africanus in *L. qui negotia. vers. item quod, infr. man.* Sed ille his verbis, quo jure id receptum sit ostendit, non quam ob rem; nos autem amplius quærimus cur benigne receptum sit, quæque hujus benignitatis et humanitatis ratio fuerit. Reddit rationem Ulpianus hoc loco, quia, etsi non fuerit re vera pecunia mea facta et a me tibi tradita; tamen, cum a debitore meo qui mihi daturus erat, meo jussu tibi data sit, utrumque illud perinde haberi debeat quasi factum esset, *ut videatur scilicet ab illo mihi data, et a me ad te profecta;* quod si vere fieret, nemo dubitaret quin, secundum regulas juris, recte contraheretur mutuum. Et est quidem ita, ut videri debeat mihi data et a me ad te profecta, ut diximus: sed cur videri debeat, non perinde liquet; nihil enim eorum hic fit re vera. Quapropter hoc etiam nobis faciendum est, ut cur ita videatur factum planius doceamus. † Id idem Ulpianus attingit 17 in *L. 3. §. ult. infr. de donat. int. vir. et ux.*, cum in specie non dissimili, ejusmodi dationem eo fingi ait, quia *celeritate conjungendarum actionum una actio occultetur*: sed et hoc etiam obscurius, nisi explicetur; proinde

dicam, quod videatur facere ad utrumque locum penitus intelligendum. Manifestam ergo id quod dirimus, rationem habet: quippe quod supervacuum sit expectari, dum a debitore meo pecunia mihi solvatur, ut ad te perveniat: rum multo celerius ad te pervenire possit, si illa a me prælerito, recta tibi data fuerit, ex quo id quod petis non minus habeas, quam si ipse dedissem. Idque ita fieri, est ex sententia legis, et ejus juris quod pecuniam meam et traditionem meam in hujusmodi negotiis transigendis exigit. Sententia legis est id quod legi propositum est ut fiat, finis legis cujusque, et id quod lex consequi voluit, *L. 3. §. sed utrum, supr. de minor. L. contra, et L. seq. supr. de legib.* Quid autem propositum est legi, si quis proponat in specie proposita, verbis legis exigi ut ego a debitore meo pecuniam recipiam, sic deinde eam tibi tradam? Nempe huc spectat id exigi ut debitor eo facto a me liberetur, to voluntate mea pecuniam habeas mutuam qua utare. Quare, si, me jubente, statim pecunia ab alio ad te pervenerit, voluntati legis satisfactum est; atque est ex sententia, ita melius et utilius est rem ita transigi, perindeque haberi quasi ego ipse tibi tradidissem. Et generaliter ita definiendum est: Quoties res aliquæ exiguntur lege ut fiant, non propter se, sed ut per eas ad aliud perveniatur, si sine illis rebus id quod volumus consequi liceat, supervacuum esse res illas requirere, utpote non necessarias, et vero eas jure non desiderari. Argumento est traditio quæ ad transferendum dominiom interponitur. Sine hac jure gentium dominia non transferuntur, *L. traditionibus, C. de pac.*, ut appareat hanc eo jure exigi, ad dominium transferendum. Et tamen, si rem meam quam commodavi aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi et velim ex ea caussa tuam esse; placet, sine traditione, nuda voluntate statim tuam fieri, *L. qua ratione, §. interdum, infr. de acq. rer. dom.* Unde hoc, aut quam ob rem, eum videatur superiori legi adversari, quæ traditionem exigit? Quia intellectum est lege eo traditionem desiderari, ut ad eum qui dominium acquisiturus est, perveniat rei possessio, sine qua jure gentium dominia rerum non acquiruntur; *L. 1. in pr. infr. de acq. poss.* Finge jam possessionem esse apud eum cui rem quæsitam volumus: finem traditionis quam lex requirebat consecuti, frustra nec minus contra legis sententiam, novam traditionem desideremus. Idem et in proposito accidit. Sine mea traditione, pecunia jussu meo tibi a debitore meo tradita, de qua inter nos convenit ut esset tibi mutua, efficitur mutua juxta conventionem; nimirum quia non ad aliud numeratio mea proficeret, neque ob aliud etiam desideratur, nisi ut hæc pecunia ad te perveniat tamquam mutua. At id maxime et celerrime consequimur, si recta tibi numeretur a debitore jussu meo. Proinde, si id fiet, numerationem meam non requiremus, rem non necessariam his qui eum finem consecuti sunt, quem lex spectabat. Omninoque verum est illud quod vulgo dicitur, planeque etiam huc referri debet, supervacuum esse pluribus fieri quod paucioribus transigi potest. Hæc vero illa ratio est quam in *d. L. 3. §. ult. de do. int. vir. et uxo.* Ulpianus idem in proposita specie significat, cum ait: si ego debitorem meum jusserim uxori meæ donationis caussa solvere, et ille solverit; perinde esse quasi is mihi dedisset, et ego acceptos nummos donassem uxori; ut, sic infirmata donatione, nummi mei fiant non uxoris: id autem eo fieri, quia *celeritate conjungendarum inter se actionum una actio occultatur*. Unam actionem occultari ait; quia, si (ut ibidem scribit) res naturaliter gereretur, hic ordo rei gerendæ futurus esset, ut pecunia ad me a debitore meo, deinde a me ad mulierem perveniret. In quo, si actiones ex personis spectamus, tres sunt actiones: una debitoris mei veteris, qua ille mihi daret; altera mea, qua ego ab illo acciperem, deinde acceptum traderem uxori; tertia hujus ipsius, qua illa a me datum acciperet. In persona debitoris mei, vere una tantum actio est, traditio nimirum; in persona quoque uxoris, item una dumtaxat, hujus acceptio; in persona autem mea, vere duæ actiones, si multitudinem et varietatem earum spectemus, quarum utraque hic occultatur; sed dicitur una actio, ut intelligatur actio unius personæ, idest totum id quod unus agit in hac translatione, ut recte Alciatus accepit; nam et in comœdiis unus actus dicitur pars fabulæ, pluribus actionibus separatis et distinctis constans, quæ comprehensæ, illum actum velut totum illis partibus constans constituunt. Totam ergo meam illam actionem hic occultari ait, dum prætermittitur, et eo modo fit ne appareat. Id autem ait fieri *celeritate actionum inter se conjungendarum*, idest dum id agitur ut celeriter actiones extremæ hic inter se conjungantur, significans eo fieri, ut traditio debitoris mei eum acceptione uxoris meæ (quæ hic duæ sunt extremæ actiones, prima nimirum et ultima) celeriter conjungatur, omissa quæ, secundum naturæ ordinem, interve-

nire media debuerat. mea actione; atque hoc modo, citius et sine inutili circuitu ad finem propositum, idest ad propositam pecuniæ
18 translationem perveniatur. † Quod dum fit, quia breviter fit, ideo in hujusmodi specie res brevi manu geri, et pecunia ad uxorem seu debitorem futurum, brevi manu pervenire ab eodem Ulpiano sibi consentiente dicta est in *L. licet*, §. 3. *infr. de jur. dot.* Recte brevi manu, quæ breviter rem conficit, seu quæ breviorem actionem facit, actionibus non necessariis prætermissis, eadem figura qua dicitur pallida mors, quia pallidos facit. Sed quod ait Ulpianus simpliciter, *si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligari te mihi*, diligenter monendi sumus, concisam esse orationem. In qua tantum de mutui obligatione positum sit quantum ad institutum faciebat; ideo, multa ad obligationem hujus speciei necessaria, esse prætermissa. Observandum est enim exemplum allatum ab Ulpiano, non quo tractaret ex professo, sed quo ostenderet interdum recipi in mutuo aliquid singulare, id de quo quærebatur. Id autem, in proposita specie, hujusmodi erat, si in ea mutuum mihi tecum contraheretur, quamvis nummos meos non acceperis. Idcirco et id solum posuit, dicens *te mihi obligari, quamvis meos nummos non acceperis.* Cæterum, si de re quæritur, non dubium est quin multo plura hic desideret mutui obligatio, quam ut satis sit jubere me, debitorem meum pecuniam tibi dare. Quæ nos subjiciemus, non solum quia id fieri ad cautionem hujus loci pertinet, ubi facile est verba secutos in errorem incidere, quando præter illum jussum nihil statuitur ad mutui obligationem; sed etiam quia species ipsa per se eam explicationem desiderat, nec sunt omnia quæ requirimus, expedita. Partim autem mutui natura, partim ea ratione quam in hac specie reddidimus, admonemur, ut tibi a me sit mutua pecunia ea, quam jussi debitorem meum tibi dare, tria hæc amplius intervenire debere: Primum, ut in inter me et te convenerit separatim ut tibi esset mutua: Deinde, ut, cum ego jubebo, sit hic rerum et personarum status, ut et debitor mihi dare pecuniam, et ego ab illo acceptam, in te transferre potuerim per rerum naturam: Tertium, ut debitor dare
19 jussus, etiam tibi postea re vera dederit. † Primum, inter me et te id agi oportet, ut eam pecuniam tamquam mutuam mihi debeas: alioqui, si tantum jussu meo pecunia a debitore meo tibi soluta, erit obligaris tu quidem mihi ut eam pecuniam reddas; sed, aut mandati, si tibi quoque mandavi, ut eam pecuniam acciperes: aut sine mandato, negotiorum gestorum. §. *plane*, *Inst. de inut. stip.* *L. Julianus*. §. 1. *infr. de verb. obl.* *L. ex mandato*, §. 1. *infr. man.* Quod si et hic ab Ulpiano et ab Africano in *d. L. qui negotia*, *ver. item quod*, *infr. man.* superior conventio in specie proposita prætermissa est: eo factum intelligi debet, non tantum quia alterius rei caussa hæc species obiter afferebatur, tantumque de ea attingebatur quantum ad institutum satis erat; sed etiam quia non videbatur necesse esse eam conventionem adjici, cum ex natura negotii de quo agebatur, eam supponi debere satis intelligeretur. Certe, mutui conditio hanc conventionem exigit, mutuum enim contractus est; nullus autem contractus est sine conventione qua id ipsum agatur, ut sit is contractus quem volumus, *L. 1. §. 1. supr. de pac.* Secundum exigimus, adducti ea ratione quam paulo ante de hac specie exposuimus; cum enim jussi debitorem meum tibi dare pecuniam, ideo hic placet esse mutuum, quia *videntur mihi ab illo data pecunia, et a me ad te pro-*
fecta. † Hoc ita videri potest omnino, si et 20
per rerum naturam ita mihi ab illo dari potuerit, et a me ad te proficisci, ut in explicatione sequentis speciei pluribus dicetur; quare et hoc ipsum ut hic fiat, superior ratio exigit. Ut autem id fiat, tribus rebus continetur, quas easdem hoc loco exigi intelligemus: si et jubeam præsentem debitorem dare, et ille pecuniam habeat quam dare possit si velit, et illum jubeam te præsente. Si jubeam absentem dare, non potest ab eo mihi videri pecunia data, quæ per rerum naturam tunc ab absente mihi dari non potuit. Sed, etsi jubeam præsentem dare; tamen, si ille fateatur pecuniam domi suæ esse, ideoque non esse ad manum quod det, aut alio modo constet eam rem quam mutuam esse volo, non esse in ejus potestate; ne sic quidem potest existimari mihi dedisse quod ille non habuit: proinde, utroque modo mutuum non erit; quod in sequenti specie recte defenditur, argumento *L. qui negotia*, *infr. man.* Quod si et præsens debitor jubeatur et pecuniam dare possit, sed jubeatur te absente, nihilomagis mutuum contrahetur; quia, etsi videri potest pecunia mihi ab illo data, non tamen potest videri a me ad te profecta, cum ego tibi tum absenti, per rerum naturam dare non potuerim. Quæ omnia cum diligentius exposuerimus in sequenti specie. In qua et eadem maxime locum habent, illinc assumi poterit quod huc transferatur; siquidem ita scripsi ut, cum res eadem sit, velim huc

21 quoque omnia referri. ✝ Nun est satis conventionem mutui præcessisse, et intervenisse eum statum rerum, ut pecunia mihi a debitore meo dari potuerit et a me tibi: etiam pecuniam tibi a debitore dari oportet: quod tertio loco exigebamus; neque ante mutuum perficitur, similiter ut, cum dedi tibi lancem vendendam, et jussi te ab emptore pretium accipere quo tamquam mutuo obtereris, non ante constituitur mutuum quam et vendideris rem et ab emptore re ipsa pretium acceperis, *L. rogasti, infr. de præs. ver.* Id vero ut hic statui debeat, mutui natura efficitur, quod, ut conventionem, sic etiam dationem et hanc quidem præcipue ut sibi propriam exigit, *d. L. 2. §. appellata, §. creditum, supr. eod.* Prius quam autem in hac specie, debitur a me jussus, tibi pecuniam dederit, non est cur dici possit, pecuniam tibi ab ullo, non dico datam esse (quod factum non esse constat), sed etiam datam videri. Non enim potest videri a debitore data, cum ab eo id postularetur ut, tibi dando, solveret quod mihi debebat: quæ solutio naturalem numerationem desiderat, *L. solutam, infr. de sol.* Multo minus potest videri a te ipso tibi data; cum non id ageretur ut tu tibi dares, qui mihi nihil debebas; sed ut alius daret quod inde inciperes debere. A me vero, quomodo posset ea pecunia tibi data videri, si eam nec unquam habui, nec videor prius habuisse? Atqui, ubi ea tibi prius data non videtur, ne mihi quidem potest a debitore mihi data videri; cum, si fingatur mihi data esse, non ob aliud fingatur, quam quod pecunia apud te fuit, et tu, tamquam a me acceptam, apud te esse voluisti. *L. 2. §. ult. infr. de donat. int. vir. et ux.* Quid est ergo quod hic scribitur, *si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligari te mihi, quamvis meos nummos non acceperis?* Perspicuum est hoc dici, obligari te mihi, non quamvis nummos omnino non acceperis, sed quamvis non acceperis meos. Et hoc ita est: nummos accipere te oportet, ut dixi; sed satis est si a debitore accipias, quamvis verum sit eos illius esse, non meos; ab illo profectos, non a me. Quid tamen, si debitor meus eam pecuniam tibi promiserit? non ideirco crediti nomine mihi obligaberis. Postulat enim mutuum naturalem dationem: aliud est autem dare, longe aliud promittere; cum qui promittit, hoc ipso probetur non dare, quod promittat se daturum; alioqui, etsi ego tibi promisissem me pecuniam mutuam tibi daturum, multo citius ex caussa mutui mihi obligareris; quod non ita est, ut docui ad *L. 2. in princ. supr. eod.*

Sequitur caput tertium, quod pertinet ad posteriorem speciem, de qua proprie hic agitur, ut videamus cujusmodi sit quod Ulpianus constituit pecuniam sic quoque creditam fieri, si, cum ex caussa mandati pecuniam mihi deberes, convenerit ut eam crediti nomine retineres; idque adeo superioris speciei argumento recipi debere ait, quia et hic *videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.* ✝ Certe et sententia ipsa 22 superior, et argumentum quo in ejus confirmatione Ulpianus utitur, utrumque ejusmodi est ut responso Africani in *L. qui negotia, infr. mand.* non obiter et strictim, sed ex professo et accurata disputatione videatur repudiari. Primum enim, proposita ex facto quæstione an pecunia credita fiat, cum is qui pecuniam ex eadem caussa, nempe mandati debebat, cum domino per epistolam convenit ut eam pecuniam sibi creditam deberet cum usuris semissibus; negat fieri creditam. Deinde, ne quis temere dici putaret, rationem affert ex certis præceptis mutui sumptam, quod nuda pactione pecunia credita fieri non possit. Mutuum enim re contrahitur; quod significat non contrahi solo consensu. Non est satis: ne quis enim contra moveretur exemplo ejus qui jussit debitorem suum pecuniam alii mutuum accepturo dare (in qua specie pecuniam accipienti mutuam fieri receptum erat); nominatim hoc ipse sibi objicit, et argumentum refutat, quod dicat benigne receptum esse; sentiens, ob eam caussam id jus, tamquam singulare non esse producendum ad consequentias, ex regulis communibus juris, *L. quod vero, supr. de legib. L. quod contra, infr. de reg. jur.* Hinc non parva difficultas objicitur quærentibus quid in hac caussa tenere debeamus: nam, si sententiæ contrariæ non sunt, constituendum erit qua in re discrepent, in qua non discrepent, et quatenus verum sit pecuniam ex alia caussa prius debitam, conventione mutuam fieri posse; quod non est expeditum, et in eo hue usque laboratum est prope ab omnibus. Sin contrarias esse dicimus, ut quidam volunt, nullo modo rem expediemus; quoniam utram potius sequamur non habebimus, ac plus una, vera esse non potest; nam cur malimus Ulpiani sententiam sequi, quam Africani, nihil est. Quid enim? an dicemus Ulpianum sententiam suam non leviter proponere, sed ex professo et diligenter confirmare? At hoc idem facit Africanus, et quidem non paulo accuratius; nam inter utriusque confirmationem hoc interest, quod Ulpianus contentus argumentum unum suæ sententiæ proferre,

ad hujus argumenti refutationem quæ apud Africanum est, nihil dixit. Africanus contra, non solum sententiam confirmavit argumentis, sed etiam argumentum contrarium non improbabili ratione removit. An potius Ulpianum sequemur, quia is posterior fuit, posteriores autem leges derogant prioribus? *L. sed et posteriores, supr. de legib.* Sed hi jurisconsulti, interpretes juris fuerunt, non legislatores; ut, si inter se dissentiant, non potuerit posteriorum sententia priorum auctoritati derogare; et, quod præcipue hic spectandum est, horum scripta quæ in Pandectas relata sunt, sic accipere debemus quasi a Justiniano scripta essent, quibus ipse, tamquam a se profectis, auctoritatem dedit, *L. 1. §. sed neque, L. 2. §. legislatores, C. de vet. jur. enu.* Justinianus autem utrumque scriptum pariter et uno in loco comprobavit; ut, si in his tempus constituendi quæritur, neutrum sit altero prius aut posterius; si auctoritas, neutrum alteri derogare possit. Imo prævalet sententia Ulpiani, inquies, quia et ex contrario potest confirmari, *L. si ex pretio. C. end.*: atqui posterior est Justinianus ea constitutione. Is eum dixit se omnia confirmare, atque adeo sua facere quæ sunt in Pandectis, quæ quidem aperte nec diffidenter affirmentur; sine dubio responsum Africani, quod in Pandectis accuratum exstat, non ex contrario, sed recta et aperte confirmavit. Quod si, omissa auctoritate constituentium, expenduntur utriusque sententiæ rationes, verendum esse quis dixerit, ne potius Africani sententia vincere debeat. Ulpianus enim ideo in posteriore specie superius illud statuit, quia eam speciem priori similem facit; quæ tamen usque adeo dissimilis videri potest, ut nihil magis; quandoquidem in priore, pecunia datur debitori, quod mutuo convenit: in posteriore, omnino non datur: porro sine datione mutuum non consistit. Contra ratio Africani illa, nuda pactione pecuniam creditam non fieri, cum ex regulis et natura mutui sumpta sit, se ipsam qualis sit, ostendit. Ego autem, non tantum quia necesse est constituere hæc responsa non esse contraria, si quid certi in hac caussa habere volumus, et maxime si volumus Justiniani constitutioni satisfacere, qui vetat hæc pro contrariis accipi, *L. 2. §. contrarium, C. de vet. jur. enu.*, sed etiam quia verba utriusque loci id ipsum ut constituamus efficiunt; nego, de sententia interpretum communi, has sententias esse contrarias, quia dissimili in re et specie versentur. Sed qua in re dissimilitudo sit parum liquet; de eo nobis videndum est. ✝

23 Et hactenus species consentiunt. Utrobique debitor qui mutuam pecuniam habere vellet, is fuit, qui eam pecuniam ex caussa mandati prius deberet: utrobique etiam convenit ut idem eam pecuniam crediti nomine deberet; nam, quod in *L. qui negotia* proponitur debitor misisse epistolam ad creditorem, et egisse cum eo ut eam pecuniam sibi ab illo creditam haberet; non facit creditoris absentia quominus, si ille non repugnet, sit conventio; certum est enim et per epistolam convenire inter absentes posse, *L. 2. supr. de pact.*; atque adeo intervenisse in ea specie de pecunia mutua conventionem, liquido illa ostendunt. Primum, ratio Africani, cum ait, *si illic pecunia credita fiat*, eventurum ut *nuda pactione credita fieri possit*; quod falsum est, si ibi nulla sit pactio; tum illa verba, quæ sunt in extremo, *tamen usuras de quibus convenerit, præstare debeat.* Ita in summa, convenit utrobique ut, quam pecuniam debitor ex caussa mandati debuit, eam crediti nomine haberet. Sed in hoc species utriusque loci discrepant. In *L. qui negotia*, aut absens debitor fuit qui mutuum petebat, aut si præsentem fuisse dederimus, fatebatur se non habere pecuniam, quam vellet, aut paratus esset dissolvere.

24 ✝ Præsentem eum non fuisse declarat quod proponitur, ad eum cujus negotia procurabat, epistolam misisse, et epistolam qua significaret certam summam apud se esse ex administratione. Etsi epistola in usu juris frequentissime pro cautione et chirographo accipitur, vel verius pro cautione habetur, ubi epistola cautionem continet, ut in *L. emptor, §. 1. supr. de pac. L. Titius, infr. de pec. const.* et similibus locis innumeris; tamen ea res non facit quominus epistola semper sit epistola, si proprie loqui volumus, idest literæ missæ ad absentem, id quod verbum significat; dictum est enim a mittendo: præsenti damus, mittimus ad absentes. Nec eo minus epistola, si quid ea cavetur, erit cautio, etsi ad absentem dirigitur. Sed, etsi interdum epistola diceretur de cautione inter præsentes exposita, tamen quominus in supra scriptis verbis, epistolæ nomine intelligamus cautionem inter præsentes emissam, prohibent illa verba *qua significaret.* Cavere possumus tam absenti, quam præsenti; significare autem quid et notum facere literis, nisi ignoranti non possumus, proinde non nisi absenti; nam inter præsentes res ita geritur, ut primo debitor verbis exponat pecuniam apud se esse, deinde hujus rei caussa chirographum adjiciat, non quo notum faciat creditori quod ille

jam didicerat, sed ut literis testificetur idem, quo de ea re ad probationem in posterum quoque illi cautum sit. Nec aliter epistolam interpretor in iis locis quibus dicitur debitor crediturì epistola notum facere, ut *L. Lucius* 24. *L. Quintus*, *infr. dep.* *L. ult.* §. 1. *infr. man.* Quamquam, etsi tantum epistola nominata esset, tamen hoc idem significari intelligeremus, cum Cicero *lib.* 1. *epist. ad Quin. fratrem, epist.* 1. auctor sit, proprium hoc esse epistulæ, ut scribatur de rebus quas quis ignorat: *Illud*, inquit, *quod est epistolæ proprium, ut is ad quem scribitur, de his rebus quas ignorat certior fiat, prætermittendum non puto.* Nec refragatur *L. Titius, infr. de pig. act.*; quod enim illic proponitur debitor petiisse a creditore ut fundum sibi oppignoratum, certo pretio emptum haberet, et ille dixisse se velle tanti emere; ac nihilominus dicitur debitor ad hunc ipsum creditorem emisisse epistolam qua se illi vendidisse eum fundum significaret; nihil hic significari videtur quod prius nosset creditor. Id enim totum sic accipi debet, quasi debitor explorare prius voluerit voluntatem creditoris sui de fundo emendo; quam cum cognovisset eam esse ut vellet tanti emere, tandem id confirmans, rescripsit et ipse de sua, sibi nimirum pretium placere, et se tanti vendidisse: quæ voluntas prius ignota erat. Quod si aliter speciem facti Marcellus illic intellexit, quasi de venditione jam ante credituri nota literæ emissæ essent, fatendum est abusive dictum esse, debitorem epistolam emisisse qua se vendidisse significaret; non ex verbi propria significatione, a qua in re dubia recedere non debemus. *L. non aliter, infr. de legat.* 3. *L.* 1. §. *licet, illic. in re, infr. de exer. act.* Quod si quis contendet, epistolam in *L. qui negotia* accipi pro cautione qua procurator de pecunia quæ apud se esset, præsenti domino confiteretur et caveret; tamen hoc tenebimus, procuratorem cavisse de certa pecunia quam apud se esse confiteretur. Sic enim responsi verba sunt: *epistolam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex*
25 *administratione* † *apud se esse:* quibus verbis procurator hoc significavit, pecuniam se ad manum non habere, sed eam esse domi suæ, ut est usus loquendi Latinorum, ut cum dicimus: ille apud me est, cœnavit apud amicum, Cic. *lib.* 1, de Orat. *quem non longe ruri apud se esse audio*, idest domi suæ et in prædiis suis. Idem ad Att. *lib.* 5. epist. 9. *apud me in mei generi, Crassipedis hortis cœnavit.* Idem ad Att. *lib.* 5. epist. 94. *ego, cum triduum cum Pompejo, et apud Pompejum fuissem*, idest domi ejus. Terent. *In Heaut.: ubinam est quæso? Cœnavit apud me domi;* ubi non dicit Chremes Cliniam secum esse, nam eum esse domi fatebatur, ipse autem domo aberat; sed hoc ita accipiendum est quasi dixisset: est domi meæ: idemque expressit, etsi tantum dixisset: est apud me. Ergo, aut de absente debitore Africanus loquitur, aut ita de præsente, ut esset is qui certam pecuniam de qua agebatur, fateretur esse domi suæ, non autem se eam habere, quam vellet tum aut posset dissolvere. In hac specie negat Africanus eam pecuniam nuda pactione fieri creditam, ut liceat constituere hanc summam esse ejus sententiæ: Si horum alterutrum eveniet ut, aut res agatur inter absentes, aut præsens debitor neget se habere pecuniam quam det in præsentia: quamvis convenerit inter eum et creditorem, ut, quam pecuniam ipse ex alia caussa debebat, eam creditam sibi haberet, tamen nihilomagis ea conventione pecuniam creditam fieri. Hac sententia nihil puto esse verius, neque ad eam confirmandam quidquam certius afferri potuit ea ratione qua Africanus in hac re utitur, *alioqui dicendum*, inquit, *ex omni contractu, nuda pactione pecuniam creditam fieri posse;* quod absurdum esse significat. Et recte; mutuum enim re contrahitur, proinde non nudo consensu: nudum autem esse oportet, ubi nihil sit quod a quoquam debitori detur. Nec potest in eo debitore quem dixi, locum habere Ulpiani ratio, ut quis dicat, ea ratione a superiore sententia recedi debuisse. Ille ideo pecuniam conventione mutuam fieri ait, quia videatur pecunia a debitore creditori data, rursum a creditore ad debitorem profecta. Hæc ratio, in eo qui per rerum naturam pecuniam dare potuit et voluit, admitti potest: ad eum qui non potuit, non pertinet, ut paulo post ostendemus. † Quid? 26
Ulpianus hoc loco, cum ait pecuniam ex caussa mandati mihi debitam, conventione creditam fieri, an videtur de omni debitore sensisse tam absente quam præsente, et tam eo qui pecuniam non habeat ad solvendum paratam, quam de eo qui paratus sit solvere? Si hoc sensit, nihil caussæ est cur non videatur dissentire ab Africano, id affirmans quod ille negaverat. Sin contra loquitur de præsente, et eo qui paratum se esse ostendat pecuniam solvere, si creditor pecuniam mutuam esse nollet; planum fit quod dixi, versari hos locos dissimilibus in caussis, quæ cum dissimiles rationes habeant, fit etiam ut jus aliud atque aliud

postulent. Atqui verissimum puto, quod communi sententia interpretum receptum est, Ulpianum sentire hoc loco de eo debitore quem modo dixi; idque verba quibus utitur in re proponenda, et ratio ejus evidenter arguunt. Non enim dicit convenisse ut, cum pecuniam ex caussa mandati mihi deberes, eam crediti nomine mihi debeas, (quo verbo omnem debitorem complecteretur), sed ut crediti nomine retineas; nec dicit recipiendum ut hæc pecunia mutua fiat, sed ut videatur mihi data, et a me ad te profecta, similiter atque in ea specie quam prius posuerat; quorum utrumque non ad alium debitorem quam eum de quo dixi, refertur. Itaque, ne quis mihi dicat verisimile esse Ulpianum, qui post Africanum scripserit et ratione usus sit quam ille prius repudiaverat, dissensisse ab Africano; concedam fieri posse ut in totum dissenserit; de quo, si integra Ulpiani scripta exstarent, fortassis melius judicaremus: sed de verbis hujus fragmenti, uti nobis tradita sunt a Justiniano, quæritur. Extra hæc, quid ille senserit alii divinabunt, si qui volent. Ego de illius sententia tantum intelligo quantum his verbis significatur; sed tum maxime, cum Ulpianum auctorem fuisse video, quem constat, inter veteres, maxime attentum et proprietatis amantem scriptorem fuisse. Atque, ut proprietatem verborum et rationis momentum aliquando negligere liceret, tamen diligenter cavendum esset ne quid unquam tale admitteremus in hujus aut alius cujusvis Jurisconsulti scriptis, si quod, amplius quam per verborum proprietatem licet, sumptum esset, aliis locis et rectæ rationi adversaretur; quod cum hic futurum sit, si a verborum proprietate et ratione Ulpiani recedemus; minime omnium id in hoc loco, atque hoc scriptore admittere debemus. Sed et verba et rationem expen-
27 dimus. † Et retinendi verbo utitur: *Cum, inquit, ex caussa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit ut crediti nomine eam retineas.* Hoc verbum ad præsentem, et eum qui jam pecuniam dare paratus sit in præsentia, proprie tantum pertinet. Is enim retinere dicitur, qui, quam pecuniam paratus erat a se dimittere, voluntate creditoris retinet; quod tunc accidit, cum debitori parato pecuniam solvere, et tamen petenti ut sibi per creditorem eam adhuc retinere liceret ex crediti caussa, creditor ex hac caussa retinendi potestatem facit. Quod ad rationem attinet, hæc ejusmodi est ut ad absentem, et eum qui pecuniam non habeat quam det, nullo modo queat referri. Ait enim, *cum convenit ut pecuniam ex alia caussa mihi debitam, crediti nomine retineas, recipiendum ut videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta*; quasi diceret: recipiendum ut pecunia tibi fiat mutua, quia videatur mihi prius a te data esse, tum deinde a me ad te profecta: quod ut fiat, mutuum exigit. † Hoc vero ita fa- 28
ctum, nisi etiam per rerum naturam fieri potuerit, fingi non potest. Et generaliter, quidquid factum esse fingitur ideo, quia verisimile sit factum esse, ita recipitur jure, si et fieri potuerit, non aliter: ut puta, filium, eum mariti et uxoris definiemus, qui ex uxore natus est; sed hoc tamdiu, quamdiu per rerum naturam nihil obstabit quominus ex viro nascatur: quod si maritus diutius abfuerit ab uxore, quam ut filius ex illo natus esse posset; aut præsens, cum uxore consuescere non potuerit propter infirmitatem; nequaquam in re certa pro filio habebitur, quem constet natura filium esse non posse. *L. filium, supr. de his qui sunt sui, vel al. jur.* Item, qui ad certum tempus conducit, placet hunc, finito quoque tempore, colonum manere; quia videatur dominus, cum colonum in fundo esse patitur, ex integro locare; idque ita esse existimatur, etsi dominus, si esset admonitus, non admitteret locationem: sed hoc ita, si is sit dominus qui et consensu locare potuerit: quod si furiosus erit, non placet videri eum ex integro locasse, quem constet, etiam si vellet, locare non potuisse. *L. qui ad certum, infr. loc.* Idem et in hac specie omnino probandum est; cum convenit ut debitor meus pecuniam quam debet, sibi creditam habeat; recte dicitur videri pecuniam ab alio mihi datam, et a me ad eum profectam; sed hactenus, nisi constet eum per rerum naturam mihi, tum cum conveniebat, non potuisse dare. Quod cum ita fiat, si aut debitor abfuit, aut pecuniam ad eam rem non habuit; consequens est, huic sive fictioni sive rationi, nisi in præsente, et eo qui pecuniam dare potuerit, locum esse non posse. Quare, etsi nihil aliud esset in verbis, quod de mente Ulpiani colligeremus; tamen, cum hanc rationem reddidisset sententiæ suæ, vel hinc intelligi liceret non debere longius produci ejus sententiam, quam quo ratio perveniret, *arg. L. quod dictum, supr. de pact.* Nunc, cum verba rationi consentiant ad eam sententiam efficiendam quam posuimus, non video cur de ea in posterum magnopere ambigere debeamus, nisi malumus divinationibus quibusdam nostris, contra verba et rectam ratio-

nem indulgentes, his ipsis ad res implicandas, et veras ac constitutas sententias evertendas abuti; cum potius obscura explicari, et vera ac bene constituta, quoad licet, interpretatione nostra retineri oporteret. Superiore autem sententia admissa, apparet (quod volumus), si de alio debitore Africanus agit, de alio Ulpianus, et de his diversum propriis rationibus statuunt; horum de his sententias, quamvis in eadem specie, pecuniæ conventione mutuæ efficiendæ, contrarias videri non debere. Solum videndum est an, quemadmodum Africanus, in specie sibi proposita, id est in absente debitore, aut eo qui præsens pecuniam non habet quam det, recte statuit eam pecuniam illi conventione creditam non fieri (id quod etiam nunc valere debere existi-
29 mamus).; † ita Ulpianus in altero genere de quo agit, idest in debitore præsente, et eo qui eam pecuniam de qua convenit, potuerit dare in præsentia, recte defendat huic saltem eam pecuniam conventione creditam fieri posse, cum convenit ut eam creditori nomine retineret. Et si verum est quod Ulpianus ait, videri tum debere pecuniam creditori datam, et ab eo rursum ad debitorem profectam; recte colligit pecuniam illi fieri mutuam: hoc enim eveniret, si vere creditori data esset, et ab illo ad debitorem pervenisset. Cur autem ita videri debeat, efficitur ea ratione quam de hac re in superiore specie exposuimus; quia scilicet, cum totus hic circuitus ut pecunia detur creditori, deinde ab illo proficiscatur ad debitorem, solum huc spectet in summa, ut debitor eam pecuniam habeat qua pro mutua utatur; supervacuum sit eum circuitum exigere, ubi debitor pecuniam jam habeat apud se, et non sit periculum ne, si eam dationem intervenisse fingemus, videatur aliquid contra naturam fieri; ubi constet, si contrahentes eam pecuniam invicem dare vellent, id eos in præsentiam per rerum naturam facere potuisse. Hac ratione constituta, non modo nihil adversatur Africani ratio quominus in hac specie mutuum recipiatur: sed etiam, eadem illa in contrarium versa, necesse sit id facere. Ille ait, *nuda pactione mutuam pecuniam fieri non posse.* Recte *nuda*, quia mutuum constat rei datione, quod et Ulpianus fatetur: at, si non nuda, dicendum est, cessante ratione, mutuum debere admitti, *L. quod dictum, supr. de pact.* Atqui non est nuda quæ dationem habet, qualis hic proponitur, ubi ita convenit ut pecunia quam mihi debes, tibi esset credita; ut simul videatur pecunia mihi a te data et a me ad te profecta. Sed, quoniam hoc ita videri debere defendit superioris speciei argumento, cum jussi debitorem meum tibi pecuniam dare; hæc caussa est cur revocetur superior sententia in dubium. Hic enim consistitur ab Africano in *d. L. qua negotia*, negaturque diserte simile esse, quod placuit pecuniam creditam fieri, cum jussi te pecuniam a debitore meo accipere; ut necesse sit, aut falsum esse quod inde in specie dissimili colligitur, aut, sublato argumento, saltem relinqui eamdem dubitationem; nec sententiam Ulpiani magis nunc quam ante, cum nullum ejus argumentum esset, recipi debere. De quo ut recte respondeamus, videndum est cur neget Africanus simile esse, cum jussi te accipere a meo debitore. Et ait: *quia hoc benigne receptum est.*
† Non significat his verbis, singulari jure 30
hoc receptum esse, et quia singulari jure, ideo non esse producendum ad consequentias, juxta regulam juris, *L. quod vero, supr. de legib. L. quod contra, infr. de reg. jur.*; nam hoc modo, fateretur simile hoc esse ei de quo nunc agitur; sed ideo diceret, ad similem speciem non esse producendum, quia esset singulare: nunc autem aperte dicit hoc simile non esse, illic: *nec huic simile esse.* Quid est igitur quod ait, ideo hoc non esse simile, quia *benigne receptum est?* Hoc sentit, ideo non esse simile, non quia benigne receptum sit simpliciter, sed quia ita receptum sit benigne, ut certa sit benignitatis caussa cur reciperetur; hanc autem benignitatis caussam, nullam esse in specie illi proposita, ut in ea pariter mutuum admittatur. Hoc vero recte dicit; quoniam, negans pecuniam debitori meo creditam fieri, cum convenit ut quam ex mutui caussa mihi debebat, eam sibi mutuam haberet, in eo de debitore absente loquitur, aut eo qui pecuniam non habeat quam det; in quo nulla plane caussa est quæ suadeat pecuniam a me videri illi datam ut fiat credita, cum non possit videri illi a me data, ea quam nemo mihi prius dedit, aut etiam dare potuit. At cum jussi debitorem meum tibi dare pecuniam, est interdum cur illic fiat mutua; quia potest debitor ita tibi dare, ut mihi quoque dare possit si velit, et ego tibi per rerum naturam. Quod cum fit, humanum est, rejecto non necessario circuitu, perinde haberi quasi id etiam factum esset; itaque, ut dixi, vere Africanus. Num ergo non recte Ulpianus istas species comparat? Imo rectissime, ut qui in specie postu-

riore, de debitore præsente loquatur, qui et mihi dare possit, et a me itidem accipere eam pecuniam quam mutuam esse placuit. Africanus autem de absente, aut eo qui præsens eam mihi dare non potuerit; ut consequens sit, nec videri eum posse eam a me accipere. Quod si diceret Africanus, cum jussi te a debitore meo accipere, simile quidem hoc esse speciei propositæ, sed non ideo debere ad eam speciem produci, quia benigne receptum sit; falsum diceret. Ut enim non possit jus singulare quod benigne receptum est, produci ad casus similes, idest qui similem seu parem rationem habent; tamen, si qui casus iidem sint, idest hi qui, numero quidem diversi sint, ratione autem eadem conjunguntur, ut ratione iidem sint: nihil caussæ est cur ad eas non recte transferatur. Generaliter enim tenendum est, in quibus caussis eadem ratio sit, in his idem jus statui debere, *L. illud*, *supr. ad leg. Aquil.* Nec obstat quod regula juris generaliter ita scripta est: *Quod contra rationem juris receptum est, non esse producendum ad consequentias*: cum enim jus singulare ad casus eosdem producitur, non tam dicendum est ad eos produci per consequentias, quam eos ipsos casus vi sua et recta continere. Quod si statuerimus Africanum hoc dicere, quod certa ratione humanitatis benigne receptum est, ad alias species, quamvis in his eadem ratio sit, produci non debere, idque verum esse defendemus; nihil caussæ dici potest quin Ulpianus hoc loco contra colligens, vitiose colligat, et sententia ejus quæ hoc argumento nitebatur, una quoque evertatur. Nec, ad ista concilianda, eo confugiemus ut dicamus, quod benigne receptum est, ad casus similes produci non debere; verum ad eos in quibus major et probabilior ratio sit, recte produci: nam primum, generaliter loquitur Africanus, si modo hoc sentit, quod benigne receptum est, ad alios casus transferri non debere, in quo nihil excipit; deinde, etsi recte exciperemus eos casus in quibus major ratio idem jus suaderet; tamen nihil hoc ad defensionem Ulpiani pertineret; propterea quod de ejusmodi casu ille non agit: quod ex ejus verbis statim licet animadvertere. Non enim dicit, *quod igitur in duabus personis recipitur*, hoc in una multo magis recipiendum est; sed simpliciter *hoc et in eadem persona recipiendum est*; ut intelligamus argumentum esse ex comparatione non majorum, sed parium. Quod si res ipsa expendatur, ita reperiemus omnino, in posteriore specie eamdem esse rationem re vera, cur in ea mutuum admittatur, non majorem Convenit mihi tecum ut pecuniam quam mihi ex alia caussa debebas, crediti nomine retineas. Ut sit mutua, hac ratione efficitur, quia *videtur mihi abs te data pecunia, et a me ad te profecta*. Si hic de facto tuo quæritur, quo videris mihi dare, non facilius tu mihi pecuniam dare potes, quam alius debitor meus quem præsentem jussi paratam pecuniam alii dare; nam et ille pariter mihi dare poterat ut tu. Si quæritur de meo facto quo ego tibi dare videor, quid dici potest cur ego pecuniam mihi vel a te vel ab alio datam, facilius tibi dare possim quam alii debitori futuro, si et hic præsens fuerit, cum mutuum dare volui? Dices te tibi facilius dare posse quam alii. Sed animadverti debet in specie proposita, ubi convenit ut pecuniam crediti nomine retineres, non quæri an tu tibi pecuniam dederis, quod sane multo facilius præstare te potuisse fatendum est; sed an ego tibi. In hac vero quæstione perspicuum est, non facilius me tibi dare posse quam potui alii cui ego itidem dare vellem, et qui æque præsens esset atque tu. In summa, hoc volumus, Africanum, qua parte de comparatione harum specierum agit, non fateri species esse similes; negare autem, quod in una constitutum sit de pecunia credita, id transferendum esse ad alteram, quasi quod benigne receptum est, ut illud receptum est, non sit producendum ad alios casus (alioqui aut falsum id esset, refelleretur que hoc loco ab Ulpiano; aut, si hoc loco contempto, verum esse vellemus, aperte Ulpiani sententiam everteret); sed hoc dicere quod verba exprimunt, dissimiles esse has species, quia in priore mutuum certa benignitatis ratione receptum sit; quæ ratio cessat in posteriore, de qua ambigitur. Id autem eum vere dicere, ut species ab illo proponuntur; quoniam, in ea de qua quæritur, et in qua pecuniam debitori conventione mutuam fieri negat, loquatur de debitore absente, aut eo qui pecuniam non habeat quam det, in quo nulla sit benignitatis ratio, quæ mutuum admitti suadeat; in altera, cum præsens præsentem debitorem jubeat pecuniam quam dare possit, præsenti dare, non sine certa benignitatis ratione receptum sit ut sit mutuum. Id ita vere dictum esse ab Africano, ut nihilominus et hoc Ulpianus vere, cum hoc loco eas species similes facit: quoniam non sic ab illo proponantur, ut in his agat de diversis debitoribus, sed in utraque de iisdem iisque et præsentibus, et qui pecuniam dare potuerint creditori, et simul ab illo accipere: in quibus cum sit eadem ratio, recte colligit, quod in una specie benigne receptum

sit, id eadem ratione in altera specie esse recipiendum. Constituta est igitur non improbabiliter sententia utriusque loci, quam quidem esse eorum locorum supra diximus; et effectum, cum dissimili in caussa versen-
31 tur, non esse contrarios. † Ex quibus summa hæc efficitur, quam de proposita specie et quæstione teneamus: cum conveoit inter me et debitorem ut, quam pecuniam ex alia caussa mihi debebat, eam mutui nomine retineat, et quæritur, an fiat mutua; multum interesse utrum præsens debitor sit cum quo id mihi convenit, et præterea pecuniam habeat, quam, si vellet, mihi tum dare possit; an vero quid horum desit, sive quod absit, et mecum de ea re egerit per epistolam, sive quod præsens, non habeat quod mihi det in præsentia. Si illa concurrent, pecuniam conventione mutuam fieri; quia, cum pecuniam mihi dare potuerit debitor per rerum naturam, et ego acceptam in illum transferre; humanum sit id quoque ita factum existimari, cum necesse non fuerit circuitum inutilem requirere: hancque esse sententiam Ulpiani in hac *L.* Sin quid eorum desit, pecuniam nuda pactione non fieri mutuam, quia non debeat pecunia videri mihi data, quæ per rerum naturam mihi tum dari nuo potuerit, utpote ab absente aut eo qui eam non haberet: id constitui ab Africano in *L. qui negotia, mand.* Ad quam interpretationem utriusque loci et supra scriptam distinctionem, si consensus interpretum plurimorum accedit (hæc enim communis sententia esse, aut huic esse proxima existimatur), est cur sententia alioqui per se vera, eo nobis sit gratior, quia pluribus placeat. Cur autem adversus superiorem distinctionem moveri debeamus in alterutram partem, aut *L. si pro mutua*, aut *L. si ex pretio, C. eod.*, nihil est; quibus tamen in locis vulgo hærent, nec nisi eorum sententiam falsis interpretationibus per-
32 vertendo, rem expediunt. † In *L. si pro mutua*, roganti tibi mutuam pecuniam, pro pecunia dedi lancem argenteam aut aliam speciem æstimatam, ea lege ut eam æstimationem deberes: placet te eam debiturum, quamvis tamen appareat te nullam pecuniam habuisse quam mihi dares aut dare velles, cum ipse a me peteres ut tibi darem quam non habebas. Quo rescripto effici videtur, pecuniam quæ tibi tradita non sit, conventione nostra indistincte tibi mutuam fieri, sive habueris sive non habueris quod mihi dares; atque adeo, etsi mihi nullam pecuniam ante debueris, quæ in mutui caussam converteretur. Et efficeretur omnino ita ut diximus, si in superiore rescripto diceretur te mihi eam æstimationem de qua convenit, tamquam mutuam debiturum. Quod neque dicitur, neque ita deberi admittendum est; nusquam enim hic pecunia est quæ in te proficiscatur: nam neque ego tibi eam do, neque alius pro pretio ejus rei, ut fit in *L. rogasti, supr. eod.*, neque potes videri mihi dedisse, cum non id ageretur ut mihi dares. Quid ergo est? Id fiet, quod jam supra attigimus, cum de numero singularium in mutuo receptorum ageremus. Tu videlicet eam æstimationem mihi debebis ex conventione, ut illic scriptum est, sed ut pretium emptionis, non ut mutuum. Quod enim illic diximus, quoties res æstimata datur, emptio contrahitur, et qui rem accipit, is, tamquam emptor, æstimationis velut pretii debitor efficitur, *d. L. plerumque, §. si ante, infr. de jur. dot. L. quoties, L. cum dotem, C. eod.*, ut ad mutuum pecuniæ sola conventione in universum statuendum nihil valet, *d. L. si pro mutua*, † sic nec in contrariam sententiam 33
moveri debemus, *L. si ex pretio, C. eod.*, quasi ea efficiatur, pecuniam mihi a te ex alia caussa debitam, in totum conventione mutuam tibi fieri non posse, quamvis et cum præsente convenerit, et tu pecuniam mihi dare potueris. Illic in extremo ita scribitur: *Si vero, citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est* (ea autem, ex emptionis caussa, pretii nomine debebatur), *et ejus præstari fœnus convenit; simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de præcedenti mutavit obligatione:* obligatio autem empti, qua pretium debebatur, intelligitur. Itaque est hic sensus, eo scripto pecuniam ex caussa empti debitam, non potuisse fieri mutuam. Hoc qui superiori distinctioni, et maxime huic loco adversari putat, quid superioribus verbis contineatur non intelligit. Scriptum quidem dicitur, mutuam pecuniam tibi datam esse; sed scriptum simulate, dum scilicet id agitur, ut emptio quæ contracta erat, sit emptio, et perseveret re vera; verumtamen, tamquam ea contracta non esset, simuletur verbis mutuum: quod significant illa verba *simulatis pro infectis habitis*. Non ergo mirum si hic pecunia quam ex empti caussa debebas, non efficiatur mutua; quippe non id agebatur ut esset mutua. Nos mutuam fieri dicimus, sed conventione, non aliter; tantumque abest ut id negetur superiore rescripto, ut maxime confirmetur. Cum enim dicitur pecuniam ideo pro mutua haberi non posse, sed veterem obligationem empti

manere, quia simulata pro infectis habenda sint; satis declaratur. si serio inter nos actum esset ut pecunia quam mihi prius debebas, tibi esset mutua, potuisse conventione fieri mutuam; quod ita fieret, si inter præsentes et eos inter quos pecunia dari potuit, id convenisset. Ita manebit superior sententia et distinctio, ne his quidem locis qui plerosque valde impediunt, in alterutram partem imminuta.
31 † Sed quoniam, dum in specie proposita pecuniam debitori meo conventione sola mutuam fieri volumus, eum debitorem esse volumus qui præsens pecuniam dare potuerit, dum inter nos conveniebat; an exigimus ut pecunia sit præsens, et in creditoris conspectu? Minime. In conspectu poni oporteret, si vellemus creditorem re vera dominum pecuniæ fieri; sic enim re vera efficeretur dominus, si, cum res esset in conspectu ejus posita, hoc animo esset ut vellet eam sibi acquiri, *L. pecuniam infr. de sol. L. 1. §. si jusserim. infr. de acquir. rer. dom.* Nunc autem satis esse dicimus si pecunia videatur ei data, quamvis re vera ejus non fuerit. Id autem ita fiet, si debitor pecuniam habuerit quam creditori dare posset, ut sic videatur rursum a creditore ad illum rediisse. Quid ergo? an saltem probari oportebit fuisse paratam debitori quam daret? Ne id quidem: alioqui, etiam in conspectu creditoris eam esse oporteret, ut dici certo posset debitorem eam pecuniam apud se habuisse. Satis est igitur si per rerum naturam dare potuit, et non probatur pecuniam apud eum non fuisse quam daret; nam, hoc probato, quæstio tollitur. Quod tunc plane fit, non solum cum debitor præsens non fuit, sed etiam cum pecunia certa fuit quam ille præsens fatetur esse domi suæ, non ad manum ita, ut paratus esset eam dare; quam speciem esse diximus, *L. qui negotia, mand.* Quæ probatio in cæteris rebus in quibus mutuum consistit, ut oleo, vino, frumento, facilior est quam in pecunia; nam hæ res cum certis locis tantum habeantur, propter earum magnitudinem et naturam, non ut pecunia quæ ubique haberi potest etiam ubi aliis ignoretur: facile sciri potest ubi sint, et utrum debitor ejusmodi res habuerit quas tum dare posset, cum de his mutuo dandis ageretur, an non habuerit. Quare, si quis, cum tot dolia vini vendidisset, petierit ab emptore, ut id vinum mutuum ab illo haberet: non difficile erit dicere venditorem nullam cellam tum habuisse, aut in cella ejus nihil v..i fuisse quod tradere posset si vellet; quod si fit, mutuum non erit.

† Mutuo in specie proposita constituto, 35
illud notandum est, eodem tempore evenire ut et debitor qui pecuniam crediti nomine retinet, ex priore caussa liberetur, et idem obligetur ex nova caussa mutui? nam, si videtur ex hac conventione pecunia mihi ab illo data esse, ut dicimus; fit ut videatur is mihi solvisse, ideoque solvendo liberetur, uti eveniret in specie superiore, si jussissem debitorem meum tibi solvere ut pecunia tibi esset mutua, et ille solvisset: nam et hic eodem facto a me liberaretur, et tu ex mutui caussa mihi obligareris, *L. 3. §. ul., infr. de don. int. vir. et uxor.* Hoc ergo loco quæret aliquis, videaturne hoc satis ex jure constitui, quod isto modo placet conventione obligationem veterem tolli et constitui novam: cum ita jus sit, ne prioris obligationis novatio fiat nisi stipulatione, et tunc cum posterior obligatio nominatim interposita est ea lege ut novatio fieret, *L. 1. infr. de novat. L. ult. C. eod.* Quorum neutrum in proposito intervenit; nam neque de novatione hic quidquam cautum est, et sola conventio intercessit de pecunia credita, non stipulatio; alioqui obligationem de pecunia contractam esse Ulpianus non dubitasset, nec ad id probandum quod erat juris certi, opus esset argumentatione, *L. 2. L. ex pretio, in fi. C. eod.* Et si quidem conventione diceretur hic prior obligatio tolli et constitui nova mutui, non deberet dubitari quin utrumque pariter adversus jus certum constitueretur, et quod placeret prioris novationem fieri conventione, et quod placeret eadem conventione contrahi mutui obligationem, quæ nisi re non contrahitur. Sed animadvertendum est, utrumque hic constitui propriis et veris rationibus. Prior obligatio tollitur, non sine conventione quidem, non tamen hac conventione, sed solutione, dum debitor pecuniam quam dare poterat creditori, et in hanc rem paratam habebat, videtur ei dedisse, atque hoc modo illi ex priore caussa solvisse. Constat solutione, jure civili tolli obligationem, multo magis quam novatione. Nova autem mutui obligatio contrahitur tunc, cum convenit ut debitor crediti nomine pecuniam retineret; non tamen contrahitur hac conventione, sed quia, ut ille videtur prius pecuniam dedisse creditori, qua solutione liberatus est; sic eodem tempore videtur pecunia a creditore in illum profecta; quæ res jure civili mutuum constituit. Demus hujusmodi aliquas species, ubi, cum convenerit ut debitor, quam pecuniam ex alia caussa mihi debebat, eamdem ex nova caussa mihi deberet, dici is possit eo facto videri

mihi pecuniam dedisse, et ego in illum transtulisse; recte hic quoque dicemus, eadem ratione priorem obligationem tolli, posteriore sola manente; veluti, si mulier debitori suo nuptura, dotem promittat quod is sibi deberet. Nam et hic placet sic dotis obligationem constitui, ut vetus tota tollatur, perinde ac si solutum debitum mulieri, in dotem ab ea datum esset, *L. si mulier, infr. de jur. dot.* Idem est, et si pro Sticho quem maritus mulieri debebat, mulier ei velit decem esse in dotem; nam et hic perinde habetur quasi vir hæc decem pro Sticho solvisset mulieri, et eadem rursum in dotem ab ea accepisset; qua ratione fit ut priore solutione tollatur Stichi obligatio, quia aliud pro alio solvi potest; et posteriore acceptione eadem decem in caussam dotis convertantur. *L. si ei nuptura, infr. de jur. dot.* Quod si nihil tale dici potest; nunquam posterior conventio, etiam quæ de eadem re interposita sit et obligationem pariat, priorem obligationem tollet, sed ex utraque pariter agi poterit; ne incipiat dici, aut sola conventione fieri novationem, aut tunc ubi nominatim id actum non est ut fieret; quæ ratio satis esse debet, ad hoc tamen confirmandum utcumque facit, *L. si remunerandi, §. apud Julianum, infr. mand. L. duo, infr. pro soc.*

Ad L. *Si socius* 16.

Paulus *lib.* 32. *ad Edictum.*

Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam (pecuniam) facit, licet cæteri dissenserint. Quod si communem numeravit, non alias creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiant; quia suæ partis tantum alienationem habuit.

SUMMARIUM.

1. *Fiscus ipse, si pecuniam cum alio communem totam mutuo dederit, non pro majore parte creditam facit, quam sua.*

Qui pecuniæ dominus est et ejus alienationem habet, quatenus eo jure est, is, mutuam dando, eatenus mutuam facit; quia hoc solum in mutuo quæritur, ut qui dat, rem faciat accipientis, *Inst. quib. mo. re contrah. obligat. in pr.* Proinde socius, si pecuniam suam aliquam mutuo det, totam mutuam faciet. Nec ad rem pertinet quod societatem cum aliquo forte contraxerit, cujus jure debeat pecuniam suam omnem cum socio communicare; non enim eo minus pecuniæ suæ dominus est quia socium habet, si nondum pecuniam cum illo communem fecit. Contra, si pecuniam cum socio communem det mutuo, quia totius pecuniæ dominus non est, eoque partis alienationem non habet; non potest totam mutuam facere, nisi cæteri consentiant: quominus tamen pro parte mutua efficiatur, nihil est impedimento, *L. ejus, ver. quas vero pecunias, infr. eod.* Quam partem hic intelligere debeamus, numero divisam an indivisam in singulis corporibus, dictum est ad *L. nam etsi, §. ult. supr.* † Cum autem dixerimus eam numero dividi; eveniet, ut nec fiscus, 1 si centum cum socio communia mutua dederit, majore ex parte efficiat quam pro quinquaginta, quia hæc sola fuerunt ejus, et quidem divisim. Nam, quod privilegium fisci esse dicitur, ut rem quam cum alio communem habet, et cujus partis dominus est, possit totam vendere, *L. 2. C. de com. rer. alien.*, in corporibus quæ pro indiviso communia sunt constitutum est, ut facilius pro utilitate fisci reperiant emptorem; in his enim vere dicitur fiscus partis esse dominus: in pecunia autem, ubi partes divisæ sunt, singulæ totum efficiunt, non partem, *L. recte, infr. de ver. sig. L. si quis, §. si quis duas, infr. com. præd.*

Ad L. *Cum filiusfamilias.* 17.

Ulpianus *lib.* I. *Disputationum.*

Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum caussa Romæ ageret; responsum est a Scævola, extraordinario judicio esse illi subveniendum.

SUMMARIA.

1. *Filiusfamilias quibus ex caussis actionem suo nomine non habeat jure civili.*
2. *Filiusfam. quibus ex caussis utili judicio et extraordinario agere possit, et et quibus conditionibus.*
3. *Utilis actio datur tantum filiof. et cur.*
4. *In factum eadem, et* L. in factum, D. *de* ob. et act. *explicata.*
5. *Extraordinaria eadem hic dicta, et cur; et quid sit ordo.*

Non temere est quod, in actione filiofamilias ad mutuum repetendum danda, hic proponitur filiusfamilias studiorum caussa Romæ egisse; item quod dicitur, in ea re extraordinario auxilio illi subveniendum esse, utrumque ex hoc jure efficitur. † Nam, si filiusfamilias, extra caussam castrensis aut quasi castrensis peculii, nempe in peculio profectitio aut adventitio, aliquid contrahat; item, si quod in his damnum aut furtum patiatur, earum rerum omnium obligatio et actio, non filiofamilias acquiritur, sed patri, *Inst. per quas pers. nob. obl. acq.* De actione ex caussa peculii profectitii nata, ita jus vetus fuit et nunc est, *§. 1. Inst per quas pers. nob. acq.* Sed nihilominus, etiam nunc idem constitutum est de actione quæ nata sit ex caussa peculii adventitii; hanc enim pater solus exercet ut suam, licet ex consensu filii, si filius præsens sit et pubertatem excesserit, *L. ult. §. ubi autem, C. de bo. quæ lib. d. tit. per quas pers. nob. obl. acq. in pr.*; et hoc quidem jus in cæteris rebus obtinet. Illud etiam hodie proprium est pecuniæ, vini, olei, cæterarumque rerum quæ usu consumuntur, ut, quemadmodum hæ per filiumfamilias, quamvis aliunde quæsitæ, pleno jure patri acquiruntur, quoniam earum ususfructus quem Justiniani constitutio patri tribuit, aliter ei acquiri non possit, *L. si vini, supr. de usuf. ear. rer. quæ us. com.*, sic et his mutuo datis, actio in totum sit patris, ut de re ad patrem pertinente quæsita. Si actio patri quæritur, filiusfamilias ex his caussis actionem non habet, quam quidem suo nomine exerceat; nam patris nomine, tamquam procurator experiri potest etiam sine mandato, dummodo satisdet, patrem ratum habiturum, *L. sed et hæ, L. Pomponius, §. ult. supr. de proc.* † Sed hoc 2
subtilitas juris exigit: cæterum, propter utilitatem receptum est, ut ex his ipsis caussis ex quibus patri actio competit, liceat filiofamilias experiri suo nomine, ut indicat *L. si longius, §. 1. supr. de jud. L. filiusfamilias, L. in factum, infr. de obl. et act.* Sed receptum hoc, non passim, et prout filio visum fuerit, sed dumtaxat his conditionibus si, denegata filiofamilias actione, periculum sit ne ipse aliquo incommodo afficiatur, ipse autem peregre degat, pater absit, et nemo sit qui patris nomine experiatur: ex quo est quod hic proponitur filiusfamilias Romæ studiorum caussa fuisse. Declarantur hæc in *d. L. si longius, §. 1. supr. de jud. L. filiusfamilias, in pr. supr. de proc. L. sed si unius, §. ait prætor, si ei, infr. de injur.* Atque hoc receptum primo jus est in certis tantum caussis, ex sententia Juliani, puta injuriarum, quod vi aut clam, depositi, commodati; quæ sententia refertur in *d. L. filiusfamilias infr. de obl. et act.* Sed Ulpianus motus æquitate rei, et ratione Juliani, et, ut apparet, sententia Scævolæ quæ hic ab eo refertur, sententiam ad omnes caussas produxit; probavitque, sive ex maleficio agatur quod filiusfamilias in peculio passus sit, sive agatur ex ejus contractu, ut quia depositum, commodatum, aut mutuum repetat, permittendum esse illi de eo experiri, non procuratorio nomine, quod jure publico et directo facere potest, dum satisdet; *d. L. sed et hæ, supr. de proc.*, sed nomine suo, si neque pater præsens sit, neque sit

quisqnam qui patris nomine agat; ne scilicet, si filius suum viaticum non recipiat, fame pereat et impune injuriam patiatur. Hæc Ulpiani sententia est pluribus exposita
3 in *d. L. si longius*. §. 1. † Superiori juri illud consequens est, quæcumque hic actio filiofamilias dabitur suo nomine, hanc solum utilem fore, non directam: et utilis tantum nominatim datur in *d. L. si longius*; et recte: nam directa est quæ ex verbis juris competit; hæc ex caussa peculiari quæsita, tantum patri datur. Quod si quando datur filio, datur ex æquo et bono, cessantibus verbis legis, dumtaxat ex legis sententia, propter utilitatem: hujus autem generis actio actio appellatur utilis, §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* Nec quia dicitur in *d. L. filiusfamilias suo, infr. de obl. et act.*, filiumfamilias habere quasdam actiones suo nomine, ideo intelligere debemus eum habere directas: in quo turpis error Accursii, et Bartoli animadvertendus est; nam et qui utiles actiones habet, eas suo nomine intendit et exercet. *L. procuratores in rem, supr. de proc. L. ult. C. quan. fis. vel pri.* Dicitur autem utilis interdum *in factum*, ut ex duobus locis inter se collatis intelligitur, §. *ult. Inst. de leg. Aq.*
4 et *L. boves. supr. ad leg. Aq.* † Hinc illud est quod ab eodem Ulpiano traditur in *L. in factum, infr. de obl. et act.* in eandem sententiam, *in factum actiones etiam filiosfamiliarum posse exercere*: ubi *actionum* verbo, perspicuum est eum, non unam actionem quæ ex certa aliqua caussa competat, puta mutuo, intelligere, sed plures. Eæ sunt autem eædem quas, ex ipsius sententia, omnibus caussis potest filiusfamilias exercere: quæ cum sint variæ et ex diversis caussis, idcirco actiones dixit plurali numero non actionem. Et quod ait, *potest exercere*, sic accipiendum est ut possit suo nomine, ut est in *d. L. filiusfamilias, non procuratorio*; nam hoc nomine potest exercere et directas et utiles, non tantum quæ patri, sed etiam cuivis extraneo competunt, *L. filiusfam.* illic, *ipse quoque filius, supr. de proc.* Hæc eadem 5
utilis illa est quæ dicitur extraordinaria hoc loco; nam ordo ritum et morem usitatum præscriptum in rebus gerendis significat; unde, quæ usitata via et more jure civili constituto fiunt, dicuntur ordine fieri; quæ contra, dicuntur fieri extra ordinem, *L. 3. in pr. infr. ne vis fiat ei.* Similiter et ea quæ jure publico conceduntur, dicuntur esse ordinaria, quia usitata; contra, quæ, jure civili et communi denegata, tribuuntur beneficio magistratus, ea dicuntur auxilia et remedia extraordinaria, quibus læsis subvenitur ne incidant in captionem, *L. in caussæ*, 2. *supr. de minor.* Talis est hæc actio quæ patri jure competens humanitatis ratione, datur filio præter regulas juris, ut ei subveniatur.

Ad L. Si ego. 18.

Idem *lib.* 7. *Disp.*

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias; Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum est. Et puto nec mutuam esse; magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare, si eos consumpserit; licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias; nec depositum, nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam, obstentandi gratia accepi. Sed in utroque casu, consumptis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit.

SUMMARIA.

1. *Mutuum nullum inter dissentientes; et hoc quam late pateat.*
2. *Dissensus in dominio rei traditæ, facit ut neutrum contrahatur ex iis quæ contrahentes senserunt.*
3. *Donationis caussa nummi dati, exstantes, repeti possunt ab eo qui alio animo accepit, nulla exceptione repetenti obstante.*
4. *Consumpti, condici in ea specie possunt, et qua condictione, sed obstat agenti exceptio; quæ et cur.*
5. *Ex alia quam donationis caussa nummis datis, si alio animo accepti sunt, et exstantes vindicari, et consumpti sine metu exceptionis condici possunt.*
6. L. cum in corpus, D. de acq. rer. dom. *explicata, et conciliata cum hac* L. si ego.

Quod sæpe jam diximus, mutuum et similes contractus qui re fieri dicuntur, non sic dici quin desiderent et consensum, *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.*, non hanc solum vim habet, ut pecunia quæ data est, non sit mutua, secus quam is qui dat. voluit esse mutuam; sive det mutuam ne ex parte repetatur, *L. rogasti*, §. *si tibi*, *supr.*; sive det ne sit mutua, ante quam conditio aliqua exstiterit, aut ne repetatur ante certum diem, *L. omnia*, *L. proinde seq.*; sed etiam ut nihil prosit. eum qui dedit pecuniam, dedisse et mutuam, nisi et qui accipit, in eamdem caussam consentiat. Non est enim consensus unius tantum voluntas, dantis aut accipientis, sed duorum, simul dantis et accipientis, in eamdem caussam et eamdem rem consentientium, similiter ut conventio et pactio, *L.* 1. §. 1. *de pact. L.* 3. *infr. de poll.* Et hoc posterius de dissensu dantis et accipientis in caussis dandi accipiendique, ea pars est quam attingit hoc loco Ulpianus, in qua explicatius docet, in hoc dissensu in utramque caussam quam animo sibi fingunt contrahentes, penitus nihil agi. Ut autem intelligatur non esse id proprium mutui, exemplis declarat, pertinere hoc ad omnes contractus et omnia negotia quæ re, idest, rei traditione et acceptione inter aliquos perficiuntur: in quo, præter mutuum, exemplis utitur depositi, commodati, donationis, et in omnibus eadem cum mutuo definitione utitur, et recte; nam et depositum et commodatum itidem contractus sunt qui re fiunt, ut mutuum; ut non minus quam mutuum, et rem et consensum desiderent: donatio et ipsa, nisi re tradita, non perficitur, *L.* 1. *infr. de don. L. senatus*, §. 1. *infr. de mor. cau. don.* Etsi autem non est contractus, ut quæ accipientem ad reddendum non obliget, *d. L.* 1. *de don. L. si repetendi*, *C. de con. ob cau.*, tamen,

cum facto duorum perficiatur, dantis et accipientis, non minus constat et ipsa consensu, *L. in omnibus rebus. infr. de obl. et act.* † Sic ergo de his generaliter definit (nam hæc exemplorum summa est, cum de negotio perficiendo quæritur): quoties ex una aliqua harum caussarum pecunia alicui datur, si is qui accipit, in eandem caussam non consentiat, sed hoc animo sit ut ex alia caussa accipiat; sic in utramque partem nihil agi, ut neque sit id negotium quod qui dabat voluit, neque id de quo qui accipiebat sentit: ut puta, ego pecuniam tibi quasi donaturus dedi, tu quasi mutuam accipis; neque donatio erit, inquit, neque mutuum: non donatio, quia in eam non sit consensus accipientis: non mutuum, quia rursum in id non sit consensus dantis. Idem est, si ego quasi deponens, pecuniam tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: aut contra, ego tamquam mutuam pecuniam tibi dem, tu quasi depositam aut tibi commodatam, ostentandi caussa accipias; nam et hic, inquit, nec mutuum erit, nec depositum, nec commodatum eadem ratione. Qua in re, ut ex consensu quem in his exigimus, intelligimus eum effectum qui hic traditur; sic vice versa, hoc effectu dissensus in his constituto, ex effectu ad caussam facile pervenimus, intelligimusque, in his negotiis et contractibus qui fiunt, præter rei traditionem, etiam consensum hoc loco confirmari. Ex superiore autem sententia incidit quæstio in hoc dissensu de pecuniæ datæ repetitione, quam ideo admiscet et tractat Ulpianus. Nam, cum hic nullum negotium contrahatur, neque id quod qui dedit, neque id quod qui accipit, voluit; et tamen pecuniam re vera data sit: quæritur, possitne is qui dedit, semper eam pecuniam repetere, quæ apud accipientem sine caussa esse deprehenditur; an contra, ideo non possit, quia ipse nullam repetendi caussam habere videtur, quoniam nulla contracta est; aut, si aliquando potest, an saltem tunc non possit, cum pecunia donandi animo ab illo data est. Qua in re, caussas dandi alias ab aliis distinguit Ulpianus. Et aliud jus esse ostendit, in ea specie, cum ego quasi donaturus tibi dedi, tu quasi mutuum accipis; aliud, quoties ego, non quasi donaturus dedi, sed aut quasi deponens, aut commodans, aut mutuans, tu quasi ex alia quavis caussa accipis; deque eo in summa ita statuit ut, in priore quidem specie, nummi dati exstantes repeti omni modo possint, consumpti non possint; in altero autem genere, pariter repeti possint et consumpti et exstantes, sine ulla exceptione. Quod an ita sit, expensis Ulpiani verbis, et ratione singulorum cognita, intelligetur.

Ait, MAGISQUE NUMMOS NON FIERI ACCIPIENTIS). Dixerat: *si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, nec donationem esse nec mutuum:* † addit, *magisque nummos accipientis* 3
non fieri, cum alia opinione acceperit. His verbis, *magisque nummos accipientis non fieri*, etsi proprie de dominio respondere videtur, vi tamen ipsa de repetitione respondet. Sive enim his verbis intelligimus nummos omnino non fieri accipientis, is qui dedit, mansit eorum dominus: proinde exstantes suo jure vindicabit, *L. rogasti, §. ult. supr. eod.*; sive intelligimus nummos accipientis non fieri perfecte, quia fiant quidem ejus, sed ita ut ei avocari possint; hoc ipso declaratur eos condici posse. Utrum horum accipere debeamus, quia pendet ex conciliatione hujus loci cum *L. cum in corpus, infr. de acq. rer. do.*, quæ res paulo plura verba desiderat, postea separatim commodius dicetur; quam tractationem in extremum locum rejeci. Nunc hoc constabit, sive hoc sive illo modo accipiemus, semper statuere his verbis, in specie proposita, nummorum a me tibi datorum repetitionem, sive placeat me eos vindicare posse, sive tantum condicere: atque hoc præcipue agere Ulpianum illis verbis, ut hanc repetitionem statuat, cum ex eo existimare possimus, quod nihil magnopere ad rem pertineat in hac specie de dominio nummorum quærere, nisi quatenus intelligatur eos propterea repeti posse; tum maxime ex eo quod idem uno contextu subjicit de condictione nummorum consumptorum; de quorum repetitione non fuit cur potius ageret, quam de repetitione exstantium. Nummi ergo a me tibi dati, quamvis donationis caussa, si tu eos quasi mutuos accipias, a te repeti possunt. Generaliter hoc Ulpianus de nummis a me datis; sed de exstantibus eum sentire, ex sequentibus manifestum est. De consumptis enim subjicit, ita eos tuos fieri, ut nec jure possint tibi auferri. Tuos fieri ostendit, cum ait te eorum nomine condictione teneri; nam si mei semper mansissent, aut tu eos mala fide desisses possidere, etiam nunc eorum nomine mihi vindicatione tenereris: quia perinde haberetur quasi exstarent et tu eos possideres, *L. qui petitorio, supr. de rei vind. L. parem, L. qui dolo, infr. de reg. jur.* Avocari tibi non posse declarat, cum et de his conventum, exceptione doli uti posse ait. Prius ergo de exstantibus, post agit de con-

sumptis. Sed an non exstantes nummos seu vindicanti seu condicenti mihi, doli mali exceptio obstabit, itidem ut obesset consumptos condicenti? Quidni vero obstet, dicat aliquis, ut qui exstantes contra voluntatem repetat? nam qui donationis caussa dat, ita dat ne umquam repetat, *L. 1. supr. de don.* Et hoc Accursio ita videtur, quem et Bartolus et alii plerique sequuntur. Sed perspicuum est Ulpianum hoc sentire, sic in proposito exstantes nummos repeti posse, ut qui repetit, nulla exceptione summoveatur; ait enim, exstantes accipientis non fieri. Si is qui dedit, quominus eos repetat aliqua exceptione prohibetur, nummos fecit accipientis, non verbo tenus, sed eum effectu. Quid est enim rem facere accipientis nisi ita dare, ut apud eum qui accepit mansura sit, quia nemo possit avocare? Certe qui ita accipit, dicitur cepisse, idest ita accepisse ut habeat, *L. aliud est capere, infr. de ver. sig. L. non videtur cepisse, infr. de reg. jur.* Nec vero quisquam ita cepisse dicitur, nisi quia alius dedit. Indicat id non minus distinctio de consumptis nummis continuenter subjecta; ait enim, si is qui nummos accepit, eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti posse. Si eadem exceptione removeri potest qui exstantes repetit, inepte consumptis tribuitur quod pariter et ad exstantes pertinebat. Quid? ratio ab Ulpiano de consumptis subjecta, an non idem evidenter ostendit? *Qui nummos accepit*, inquit, *si, his consumptis, condictione conveniatur, doli exceptione uti potest; quia secundum voluntatem dantis, nummi sunt consumpti.* Huic rationi certum est in exstantibus nummis locum esse non posse. Neque enim dici possunt secundum voluntatem consumpti, qui ne consumpti quidem sunt. Et vero hoc ita est, ut qui exstantes nummos repetit, nulla exceptione doli possit removeri. Nemo enim dolo facit qui suo jure utitur, *L. nullus, infr. de reg. jur.* Utitur autem in proposito qui exstantes repetit; nam, si adhuc eorum dominus est, recte suos vindicat et suo jure. Si dando dominus esse desiit; tamen, si nummos ex donationis caussa dedit, et, revocata voluntate, fecit ut exstantes sint apud accipientem sine caussa, non minus jure eos condicet, quia jure habet condictionem sine caussa, ut postea dicetur, *L. 1. infr. de cond. sine caus.* Quapropter, si neque vindicanti exstantes nummos, (si modo vindicare potest) neque condicenti, idest suo jure utenti ullus dolus objici potest; ne potuit quidem objici doli mali exceptio. Sed an non obstabit repetenti donatio, eum animo donandi dederit, et jus perfectam donationem non permittat revocari? *L. si repetendi, C. de cond. ob. caus. L. si donationem, L. rel. les, C. de revo. don.* Obstaret donatio, si hic ulla esset; sed nullam esse diserte Ulpianus scribit, quod et certum est. Nihil enim agit voluntas domini rem suam alii donare volentis, nisi et qui accipit, rem ut donatam accipiat, *L. in omnibus rebus, infr. de ob. et act.* Quid? voluntas ipsa dantis, an non saltem hæc sola illi etiam sine donatione obstabit? Etsi enim hic donatio nulla est: tamen negari non potest quin qui donationis animo dedit, ita dederit ne umquam repeteret, ut ante dixi, *L. 1. infr. de don. L. 1. infr. de prec.* An non igitur recte retinebuntur nummi qui retinentur secundum ejus voluntatem, si non jure summo, quod fieri non posse concedimus, at certo opposita doli mali exceptione, de qua quæritur? nam, qua alia ratione, consumpti per exceptionem retinentur, nisi quia secundum voluntatem consumpti sunt, ut postea scriptum est? Et, si quidem retinerentur exstantes nummi secundum voluntatem dantis, non negarem repetentem exceptione doli removeri posse, eodem exemplo quo et qui secundum voluntatem consumpti sunt, retinentur. At aperte mutatur hæc voluntas, cum is qui dedit, nummos repetit. Voluntate mutata, non possunt omnino nummi amplius dici retineri secundum ejus voluntatem, ut quæ mutata, esse desierit. Quominus autem is qui donationis caussa dederit, ubi donatio admissa non est, rebus integris voluntatem revocare possit, nihil est impedimento. Sola enim obligatio aut conventio eum adversario de donando interposita, quominus a priore voluntate recederet, illi obesse potuit. *L. sicut, C. de ob. et act. L. 1. supr. de pac.* Hæc conventio in proposito, inter dissentientes nulla est. Et omnino hoc pertinet quod per occasionem precarii revocandi scriptum est in *L. 2. infr. de prec.*, *natura æquum esse, tamdiu quemque liberalitate mea uti, quamdiu ego velim; et, ut possim revocare, cum mutavero voluntatem.* Quod enim pecuniam donationis caussa a me datam tenes, nec repeto, cum tu alia opinione acceperis, est beneficii mei et liberalitatis, non ullius conventionis, eum hæc nulla intervenerit ut tibi donarem; proinde licebit id revocare cum velim.

Videamus tamen ne hic nobis obstet quod de nummis consumptis postea dicitur, nam, si semel secundum voluntatem dantis consumpti sint, placet nihil ei prodesse voluntatem revocare, quo magis eos repetere

liceat. Cur ergo magis id facere liceat in exstantibus, ac non satis sit eos aliquando secundum voluntatem accepisse? Non utique quia non pariter, et consumptis et exstantibus nummis, liceat revocare voluntatem quæ nulla necessitate obligationis aut conventionis tenebatur; sed quia non est satis ad repetitionem voluntatem mutare, nisi, ea mutata, dici possit nummos aliquando apud accipientem sine voluntate dantis fuisse: id quod in exstantibus contingere potest, qui, simul atque repeti cœperint, incipiunt haberi contra dantis voluntatem: unde et repetitio sine metu exceptionis. At in his qui secundum voluntatem dantis semel consumpti sunt, dici idem omnino non potest: nam, quamdiu exstiterunt, habiti sunt secundum voluntatem quæ revocata non fuit. Postquam autem consumptione apud accipientem esse desierunt, quamvis voluntas mutetur postea; tamen neque dici possunt haberi contra voluntatem tunc cum repetuntur, quia tunc non sunt; neque tunc habiti fuisse cum sunt consumpti aut ante, quia utroque tempore habiti sunt secundum voluntatem. Neque porro quominus id ita factum sit, ulla voluntatis mutatio in præteritum potest efficere; facta enim infecta fieri non possunt, *L. in bello, §. facti, infr. de capt.* Sed, si superiora nihil obstant, videamus saltem ne nos movere debeat locus in contrariam sententiam a Bartolo allatus: ille enim, etiam in nummis exstantibus, competere accipienti exceptionem, evidenter probari putat, *L. si tibi dederim. infr. de donat.*, ubi ego tibi rem dedi ut Titio meo nomine donares; donasti, sed tuo nomine: respondetur, subtilitate juris rem accipientis factam non esse; itidem ut hic, cum tibi quasi donaturus dedi, tu alia mente accipis, scriptum est nummos tuos non fieri; et tamen illic adjicitur, si agam contra Titium qui rem accepit, exceptione doli me summoveri: ex quo videtur, et in proposito idem dicendum esse de iis nummis quos tibi donatos, alia mente acceperis. Sed exemplum nihil ad rem pertinet: ut enim in eo rem Titio donatam volui; sic et illi, ut volui, a te donata est; et ut donata est, ita etiam ut donatam accepit. Quid mirum si perficitur donatio in quam ego et ille consensimus? Sane in eo dissensus fuit, quod ego Titio donatum volui meo nomine; tu autem donasti tuo, et ille itidem eo nomine accepit: quæ res caussam attulit cur videretur, summo jure, res non esse facta accipientis. Sed in verbis hic dissensus fuit; in re ipsa nullus est: quod enim volui ut tu Titio donares meo nomine, huc spectabat ut primum quidem res ad illum perveniret donationis caussa, deinde intelligeret rem a me et mea liberalitate in illum proficisci. At horum utrumque fit cum tu donasti, quamvis tuo nomine: nam, præterquam quod hoc modo res ad Titium pervenit ex donationis caussa, ut volui; etiam hoc evenit ut, cum cognitum fuerit quomodo hic res gesta sit et cur tu Titio donaveris, simul ille intelligat vere rem a me profectam esse; enim, nisi tibi dedissem, res ad illum non pervenisset; et intelligat a me esse donationem, cum tu illi non donasses, nisi a me accepisses ea conditione ut donares. Verum est ergo quod supra posui, cum in caussis dandi et accipiendi dissensum est, ut nulla obligatio omnino contrahitur, ita, quod ad repetitionem pecuniæ datæ attinet, nummos exstantes omni modo repeti posse, etiam in ea specie cum ego tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuos accepisti.

De genere actionis ad extremum intelligetur, cum exposuero an et quatenus in hac caussa nummi non fiant accipientis. ÷ Non 4
eadem caussa est in eadem specie nummorum consumptorum. De quorum repetitione jam ante nonnihil attigimus quia in nummorum exstantium comparatione explicanda, ita facere necesse fuit; sed in eo non sunt omnia. Quapropter, ne quid in verbis Ulpiani nos fugiat, quid de horum repetitione scribat, breviter consideremus. Ait igitur: *Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit; quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.* Condictione ergo tenetur qui accepit. An furtiva, quasi furtum nummorum fecerit qui eos contrectavit? nam prius dixerat nummos non fieri accipientis. Minime, ne si poneremus quidem nummos ejus plane factos non esse, sed mansisse alienos. Nummi enim secundum voluntatem dantis consumpti sunt; nemo autem rei alienæ furtum facit, qui eam aut volente domino contrectat, aut eo volente se contrectare existimat, *§. placuit, §. sed etsi, Inst. de ob. quæ ex del. nasc.* Sed erit (quod omnes concedunt) condictio sine caussa; cum enim nummi dati sint donationis caussa, quæ caussa nulla est, apparet eos apud accipientem sine caussa esse; quod cum fit, condictio sine caussa competit, *L. 1. in fin. infr. de cond. sine caus.* Hæc condictio jam a principio danti nata est, si dominium nummorum translatum est in accipientem, ut puto transferri; itaque et nummis exstantibus, dabitur. Quod si exstantibus; non mirum si, his consumptis, perseveret; quoniam dominio eorum

translato, non eadem species deberi cœpit, sed, ut in mutuo, idem genus, quod etiam consumptis nummis, semper idem futurum est. Quod si placet dominium nummorum ab initio translatum non esse, non competet quidem danti condictio nummis exstantibus, cum non convenerit de aliis reddendis; eamdem autem speciem quæ sit condicentis, nemo condicere possit præterquam a fure, §. *sic itaque. Inst. de act.* Sed, si nummi consumpti fuerint, fit ut consumptione intelligantur pervenisse ad accipientem. unde et in eum nascetur condictio, quasi dominio in illum translato, *L. non omnis §. si pupillus, infr. eod.* Non possit autem ne hæc quidem condictio esse alia quam illa de qua dixi, idest sine caussa; cum etiam hoc modo, nummi reperiantur ad consumentem sine caussa pervenisse. Enimvero competit hæc condictio consumptis nummis. ipso jure; sed qui accepit, si conveniatur, *doli mali exceptione uti poterit,* inquit Ulpianus. Sed videamus ne hæc non possint consistere. Quid enim? volumus esse condictionem sine caussa? exceptionem tollimus: non enim competit condictio sine caussa, nisi quia pecunia ad accipientem sine caussa pervenit, *L. 1. in fi. infr. de con. sin. cau.* Quod si fit, quomodo dolo aut inique facere videri potest qui eam pecuniam repetit, cum constet unam hanc condictionem ex bono et æquo maxime esse introductam, quæ quod alterius apud alterum sine caussa deprehenditur, revocat? *L. pen. infr de cond. ind.* Dolo autem actionis sublato, et æquitate condictionis constituta, non exceptio tantum doli, sed etiam alia quævis tollitur, *Inst. de exc. in pr. et deinceps.* Rursum, volumus exceptionem doli dari? hoc ipso, non competere condictionem confirmamus: non enim alia de caussa exceptio doli datur, quam quod justa caussa est pecuniæ retinendæ, posita in dantis voluntate, qui pecuniam donatam voluit. Quod si habendæ pecuniæ aliqua caussa est, non est pecunia sine caussa apud accipientem; quo posito, simul et condictionem sine caussa, etiam ipso jure competere negamus. Et hæc ita essent, si in condictione sine caussa quæ in specie proposita datur, verbo caussæ, quamlibet caussam et rationem dandæ retinendæque pecuniæ intelligeremus. Nunc autem pecunia hic data proponitur caussa donationis, et accepta mutui caussa. Quibus verbis intelligimus eas caussas ex quibus dominium transfertur, et quæ eædem constant duorum consensu, denique eas quarum neutra in proposito intervenit: nam nec donatio est, ut diximus, nec mutuum. Quo fit ut recte hic dicatur, pecuniam ad accipientem pervenisse sine caussa, quoniam pervenit sine ea caussa ob quam vel data, vel accepta est; unde et condictionem sine caussa jure civili nasci necesse est, *d. L. 1. in fin. de condict. sin. cau.* Sed, quamvis hic nulla hujusmodi transferendæ pecuniæ caussa sit, est tamen aliqua retinendæ; quæ si nihil transfert, tamen facit ut pecunia a dante honeste repeti non possit. Ea est voluntas dantis donationis caussa, si secundum hanc voluntatem nummi sint consumpti; nam qui dedit hoc animo ut pecunia perpetuo esset apud accipientem, is sine dolo pecuniam contra voluntatem repetere non potest, si voluntas ejusmodi est quæ nulla pœnitentia possit revocari, quin semper verum sit pecuniam haberi ex dantis voluntate; quod accidit in nummis donationis caussa datis, si semel secundum voluntatem dantis consumpti fuerint. Hinc exceptio doli adversus nummorum consumptorum condictionem. Cur non eadem sit exceptio in nummis exstantibus, supra diximus. Sed quid sibi vult quod, in hac exceptione danda, ita scribit: *quare si eos consumpserit,* et quæ sequuntur? hoc enim ita subjicit, quasi exceptionem istam ex præcedentibus colligat. Prius autem dixerat, in specie proposita nec donationem esse nec mutuum, magisque nummos non fieri accipientis. Itaque, cum ita subjicit: *quare, si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit,* id ita scribit. quasi ex eo quod nulla, in proposita specie, retinendæ pecuniæ caussa est, et nummi accipientis facti non sunt, efficiatur eos ab accipiente utiliter peti non posse: quod plane contra colligi oportuit: nam, si nummi nulla ex caussa sunt apud accipientem, aperte ea res affert danti condictionem sine caussa, non etiam exceptionem ei qui sine caussa accepit. Et si quidem nihil hic subjiceret Ulpianus, nisi de exceptione; aut etiam si ex præcedentibus eam colligeret, non posset quin vitiosa esset collectio. Sed animadverti debet in his verbis duo statui; unum de condictione nummorum consumptorum, alterum de exceptione adversus condictionem. Cum enim dicit, LICET ACCIPIENS CONDICTIONE TENEATUR, eadem opera affirmat eum teneri. Perinde ergo est, quasi diceret: Quare, si eos consumpserit nihilominus condictione tenebitur; seu, licet teneatur, tamen doli exceptione uti poterit. Quod de condictione infert, recte colligit ex præcedentibus; omnino enim ex his efficitur. Quod adjicit de exceptione, non sic adjicit ut ex præcedentibus

colligat; idque ex eo apparet, quod ipse propriam hujus exceptionis dandæ rationem subjicit longe diversam a prioribus; sed ut quod de condictione inde colligebatur temperaret: innuens sic in proposito, nummorum consumptorum condictionem esse, ut tamen accipienti non noceat propter doli exceptionem.

SI EGO QUASI DEPONENS) † Hactenus de repetitione nummorum in priore illa specie, cum ego quasi donaturus pecuniam dedi, tu quasi mutuam accipis. Dissimilem caussam repetitionis esse ostendit in altero genere, cum nummi ex alia quam donationis caussa dati sunt, et tamquam ex alia accepti: quo in genere duobus exemplis utitor; uno, cum qui dat, quasi deponens dat, alter quasi mutuam accipit; altero e converso, cum qui dat, quasi mutuam dat, alter accipit quasi commodatum, ostentandi caussa. Ac de repetitione, in utroque sub finem ita scribit: SED IN UTROQUE CASU, CONSUMPTIS NUMMIS, CONDICTIONI SINE DOLI EXCEPTIONE LOCUS ERIT. De nummorum dominio aut de exstantium repetitione, in his caussis nihil dicit ut ante, quia res erat expedita. Certi enim juris est, nunquam dominium transferri, eum qui dat et qui accipit, in caussis dandi accipiendique ita dissentiunt, ut nec in dominio rei transferendo vel acquirendo consentiant. *L. in omnibus rebus. infr. de oblig. et act.*; quod fit in suprascriptis caussis. Dominio autem nummorum in accipientem non translato, non minus et illud certum est, extantes nummos ab eo qui eos teneat vindicari posse, *L. rogasti*, §. *ult. supr. L. actionum. infr. de obl. et act.*, et quidem citra exceptionem, multo magis quam tum cum ab eo qui dabat, donationis animo dati sunt; de quo in superiore specie dictum est. De consumptis, dubitari poterat qua actione repeti possint, et an adversus hanc eadem exceptio locum habeat quam in superiore specie Ulpianus dederat. Ideo Ulpianus de consumptorum tantum repetitione hic scribit, et ita scribit ut de utroque illo breviter respondeat. Ergo, consumptis nummis, condictioni locum esse ait. Recte condictioni, non vindicationi, ut fieret nummis exstantibus; nuoquam enim actione in rem teneatur qui non possidet, si sine dolo malo possidere desiit, *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Nihil autem dolo facit neque in priore exemplo, neque in posteriore, qui in his nummos acceptos consumit; nam is quidem qui pecuniam tamquam mutuam accipit, dum mutuam esse putat, bona fide, eam consumit: in hac enim opinione, consumit tamquam suam; quia, si vere mutuum esset, dominium pecuniæ in eum esset translatum, *L. 2.* §. *appellata, supr. eod.* Qui autem tamquam commodatam accipit, quæ quasi mutua data erat; etsi non est hac opinione ut putet se dominum pecuniæ factum esse, cum commodatum rei commodatæ proprietatem non mutet, *L. rei commodatæ, L. nemo, seq. infr. commod.*; tamen, quia accepit ab eo qui mutuam esse voluit, nihil facit dolo, si eam secundum voluntatem dantis consumat, omninoque furtum non facit, §. *placuit, Inst. de obligat. quæ ex del.* Sic fit ut, qui consumptos nummos non possidet neque dolo desiit possidere, is vindicatione de consumptis non teneatur, multoque minus condictione furtiva. Sed, quia nummi consumpti videntur consumptione ad accipientem pervenisse, idque facto ejus qui dedit; ideo, quasi ei ab illo dati essent, tenebitur eorum nomine condictione, *L. non omnis, seq.* §. *si pupillus*, Quam non dubium est eamdem illam intelligi debere de qua diximus, nempe *sine causa*; cum in his exemplis, inter tam aperte dissentientes nullum negotium contrahi appareat. Sed condictioni hic locus erit, inquit, *sine doli exceptione*. Merito; sive enim quis pecuniam det quasi deponens, sive det quasi mutuam, ex utraque caussa hoc animo dat ut repetat. Quapropter, quamvis nummi consumpti fuerint secundum voluntatem dantis, ut fit cum dati sunt quasi mutui; tamen, quia non est hæc voluntas ut nummi maneant, sed ut etiam consumpti reddantur; semper, cum repetuntur, certum erit repeti eos non contra voluntatem, ut contingit in eo qui quasi donaturus dedit, unde et exceptio doli adversus eum nata est, sed maxime secundum dantis et accipientis voluntatem. Quæ res omnem exceptionem et tergiversationem accipienti adimit.

6 † Restat quod initio hujus capitis in hunc locum rejecimus, ut separatim videamus quam significationem habeat quod in principio scriptum est: cum ego pecuniam tibi quasi donaturus dedi, tu quasi mutuam accipis, nummos accipientis non fieri: in primis autem num contrarium videri debeat *L. cum in corpus, infr. de acquir. rer. dom.* Quod quidem existimari necesse est, si nummos non fieri accipientis sic accipimus, ut dominium nummorum in accipientem non transferatur, qui fere usus est loquendi, *Inst. quib. mod. re contr. obl.* §. *sic itaque, Inst. de act.*; nam in *d. L. cum in corpus*, cum in principio generalis hæc definitio est, *cum in corpus acquirendum consentimus*, dominium

transferri, *etsi in caussis dandi accipiendique dissentiamus*; tum vero hæc ipsa species de qua agimus. exempli loco in extremo subjecta est, et sententia superior nominatim confirmata. Sic enim illic scriptum est; *nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias; constat proprietatem ad te transire*. Quasi creditam accipias, idest *quasi mutuam*, id enim credita pecunia significat in usu juris, *L. qui negotia, infr. mand. L.* 1. juncta, *L.* 3. §. *pen. infr. de sen. Mac. L. quod si minor*, §. *pen. supr. de minor.* Nam, quod quidam pecuniam creditam illic interpretantur creditam a te, idest tibi debitam, ut tu eam quasi debitum tibi solutionis caussa accipias, quos hic Alciatus refert, et quorum ipse sententiam secutus est *Lib.* 5. *parer. cap.* 15. defendi non potest. Apparet enim ex verbis præsentis temporis quibus Julianus utitur, nempe *tradam* et *accipias*, etiam donandi animum, et crediti verbum ad idem tempus referri debere, ut sit sensus: si pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi nunc creditam accipias. Non potuit autem pecunia intelligi nunc a te credita, cum a te non proficisceretur. Ita creditam sic accipere debemus. ut tu eam quasi nunc creditam accipias; creditam autem non a te qui eam non das, sed a me qui eam tibi trado. Deinde, cum pecunia ab aliquo proficisci debeat ut sit credita, a quo intelligere possumus eam profectam, nisi ab eo quem prius dictum est eam tradidisse? Ego autem is sum qui dicor tibi eam tradere; quare, et cum credita esse postea dicitur etiam a me credita debuit intelligi, nisi nominatim adjiceretur te accepisse quasi a te prius mihi creditam. Quamquam si dederimus, creditam in eo exemplo significare tibi debitam, parum proficimus; revocabimur enim semper ad definitionem initio positam, cum Julianus generaliter ita scribit. *cum in corpus quidem quod traditur, consentiamus, in caussis vero dissentiamus; non animadvertere se cur sit inefficax traditio.* Quæ definitio, in specie proposita, efficit dominium pecuniæ in te transferri. Cum enim pecuniam tibi do donandi gratia; etsi tu quasi mutuam accipis, tamen in camdem rem et ejusdem rei dominium consentimus, cum ex utraque caussa pariter dominium transferatur. Ita ex definitione, etiam in ea specie, dominium transferri dicendum est. Nec ad rem pertinuerit quod forte aliis quam hujus speciei exemplo postea Julianus usus non erit; quæ enim exempli loco dicuntur, ea de generalitate definitionis nihil mutant, *L.* 1, §. *quod vulgo infr. unde vi, L. pen.* §. *ult.* illic: *nam initium constitutionis, infr. de jur. et fac. ig.* Et. ut de sententia Juliani non dubitetur, quid est quod ad transferendum dominium exigamus, præter rei traditionem, nisi ut in eo de quo transferendo agitur, concurrat affectus ex utraque parte, dantis et accipientis? nam, ut transferat dominus rem suam quam tradit, satis est se velle transferre; hanc enim voluntatem natura æquum est ratam haberi, §. *per traditionem, Inst. de rer. divis.*; et ut acquirat is qui accipit, solum hoc quæritur ut velit suam esse, *L.* 1. *in pr. et* §. 1. *infr. de acquir. pos.* Atqui, quæcumque dandi et accipiendi caussæ sint, si ex omnibus id agitur ut dominium in accipientem transeat, concurrit utrinque et dantis et accipientis affectus in hoc, ut dominium transferatur. Proinde, quicumque erit dissensus in caussis dandi accipiendique, nihilominus eum affectum ad dominium transferendum spectari oportebit, et ex eo dominium transferetur. Quare, sive definitionem spectamus quæ initio posita est in *d. L. cum in corpus*, sive exemplum quo in extremo Julianus utitur, sive rationem qua superior sententia defenditur; omnia efficiunt, etiam in hac specie, cum ego quasi donaturus tibi pecuniam do, tu quasi mutuam accipis, dominium in te transferri. Neque dicemus, quod quidam hic parum attente faciunt, id ita probandum esse, si ego hoc animo sim ut velim pecuniam omni modo in te transire, aliter, si non sim: ridiculum est enim dicere quemquam donandi animo dare, qui non sit hoc animo ut dominium transferat; cum donare nihil sit aliud quam liberalitatis caussa ita dare, ut datum nunquam repetatur, *L.* 1. *infr. de don.* Sed nec distinguemus utrum velis tibi dominium omnino acquiri pecuniæ tibi traditæ, an vero aliter quam si pecunia tibi sit mutua; nam in eo quem constat pecuniam quasi mutuam accipere, qualis nunc proponitur qui accipit, non potest dici eum alio animo esse quam ut velit pecuniam suam fieri, cum non possit esse mutua nisi fiat accipientis, *L.* 2. §. *appellata, supr. Inst. quib. mo. re contrah. obligat. in pr.* Et breviter, qui pecuniam vult donare, idem dominium transferre vult; et qui quasi mutuam accipit, idem vult in se eam transferri; ut sic in dominio transferendo nanciscendoque concurrat utrinque in hanc specie et dantis et accipientis affectus; quod cum fit, non potest quin dominium transferatur. Hæc cum ita sint, illuc redeo quod supra dixi. Si his verbis *nummos* in proposito *non fieri accipientis*,

quibus hoc loco Ulpianus utitur, hoc dici intelligimus, nummorum dominium in accipientem omnino non transferri; nihil dici potest cur horum locorum sententiæ non sint in hac specie contrariæ. Et quidem vere sic dici rem accipientis, ut intelligatur ea cujus dominium in accipientem transeat, notius est, quam ut de eo ambigi oporteat. *d. §. sic itaque. Inst. de act.* Quid ergo est? Ego qui videam in verbis Juliani, quæ leguntur in *d. L. cum in corpus*, nullum locum relinqui tergiversationi, ut negemus eum de eadem hac specie de qua agimus, exemplum proponere; qui intelligam præterea, sic illi constare rationem cur in ea specie velit dominium transferri, ut turpe sit etiam, nec non indignum Ulpiano aliter sentire: puto dandam esse operam, ut potius hic Ulpiani locus ad Juliani illam sententiam revocetur, et ex ea interpretationem accipiat, si fieri potest, quam contra ut vera nec obscura Juliani sententia ex hoc loco commutetur. Animadverto autem, verba hæc Ulpiani *magisque nummos non fieri accipientis*, esse ambigua. Significant enim proprie quod ante dixi, nummos ita accipientis non fieri, ut dominium non transferatur: at possunt etiam ita accipi, ut significetur eos accipientis non fieri perfecte, neque id sine exemplo; sic enim loquitur Africanus in *L. cum quis. §. qui hominem, infr. de dol.* Sed et ita usus est juris ut, re vera et effectu, non videatur cujusquam fieri aut ad aliquem pervenire quod non est mansurum, quodque aliquo modo potest avocari, *L. aliud est capere. infr. de ver. sig.* Hoc posterius si accipimus, omnia hic bene se habent; nam et sententia vitio caret et quæstioni probe convenit, nec minus uterque locus retinetur: proinde hoc accipiemus, ut in ambigua voce legis fieri debere præcipitur, *L. in ambigua. supr. de leg b.* Recte igitur ita dicemus: fiunt in proposito nummi accipientis, quia dominium in te transfertur; cum et ego ita tibi dem donationis gratia ut tui fiant, et tu quasi mutuos sic accipias, ut et pariter fiant tui, etsi non ex donationis caussa; quod, ut verum est, ita et Juliani sententiæ convenit. At rursum, si effectum hujus translationis spectamus, magis est seu verius est eos accipientis non fieri, quia non perfecte fiunt; possunt enim condici, sive exstent, sive sint consumpti. Quod enim subjicit, si nummos consumpserit is qui accepit, licet condictione teneatur, tamen eum exceptione doli uti posse; non significat, si eos nondum consumpserit, eum condictione eo nomine non teneri, sed sic teneri, ut eo casu nullam exceptionem habeat. Quæ sit hæc condictio supra suo loco exposuimus. Atque hæc de dominio nummorum satis: de quo plura alias opportunius.

Ad L. *Non omnis.* 19.

Julianus *lib.* 10. *Digest.*

Non omnis numeratio eum qui accepit, obligat; sed quoties id ipsum agitur ut confestim obligaretur. Nam et is qui pecuniam mortis caussa donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligat accipientem, quam si extitisset casus in quem obligatio collata fuisset; veluti si donator convaluisset, aut is qui accipiebat, prior decessisset. Et cum pecunia daretur ut aliquid fieret, quandiu in pendenti esset an id futurum esset, cessabit obligatio. Cum vero certum esse cepisset futurum id non esse, obligabitur qui accepisset; veluti si Titio X dedero ut Stichum intra Calendas manumittat, ante Calendas nullam actionem habebo; post Calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.

SUMMARIUM.

1. *Obligatio nulla ex negotio gesto sine consensu, quem intelligi quovis modo, ad obligationem satis.*

Cum de mutuo agitur, ut hoc titulo, et de eo contrahendo quæritur, apposite traditur quod initio hujus loci legimus, tum demum numerationem obligare eum qui accepit, cum id ipsum agitur ut confestim obligetur. Quo declaratur, quod mutuum dicitur re contrahi et numeratione constare, non sic dici quasi sufficiat pecuniam numerasse, ut ea numeratione velut ex mutui caussa obligetur; sed accedere oportere etiam conventionem, qua id agatur ut qui accipit obligetur. Quippe, ut sæpe jam ante diximus, in re quæ inter aliquos geritur, non est obligatio nisi ex contractu; nec ullus contractus est qui non habeat in se conventionem, idest consensum et placitum in hoc, ut fiat quod volumus, idest ut alter alteri obligetur, *L. 1. §. 1. supr. de pac.* Non necesse est id aperte convenire: satis est aut ex natura ejus rei quæ nominatur, intelligi, veluti si detur pecunia mutua vel mortis caussa; aut intelligi ex caussa vel fine dandi, ut cum quid tamquam debitum solvitur quod est indebitum, unde indebiti condictio tamquam ex negotio gesto, *L. si in area, infr. de cond. ind.*; aut quid datur ob caussam, nulla expressa repetendi conditione, unde condictio ob caussam, caussa non secuta, velut ex conventione, *L. si extraneus. infr. de condict. caus. dat.* Quominus autem dubitetur de definitione, Julianus eam exemplis probat donationis caussa mortis, et rei ob caussam datæ. *Qui mortis caussa pecuniam donat*, inquit, *numerat pecuniam; sed non aliter obligat accipientem, quam si extitisset casus in quem obligatio collata fuisset*, idest is casus quo actum est ut pecunia redderetur. Ex natura autem mortis caussa donationis, tribus casibus tacite id agi intelligitur; si donator convaluerit; si eum pœnituerit; si donatarius prius decesserit; ac totidem casibus donati condictio est, *Inst. de don. in pr. L. Senatus. §. donatio, infr. de mor. cau. don.* Extra hos casus, constat pecuniam donatam repeti non posse. Cur, cum sit numerata? quia ut his redderetur, actum non est. Sed, etsi pecuniam dedero Titio ut quid faceret, puta *decem ut Stichum intra Calendas manumitteret; ante Calendas*, inquit, *nullam actionem habebo*, etsi pecuniam numeravi, scilicet quia id actum non fuit; *post Calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.* Quod ait, ante Calendas nullam me actionem habere, sic accipiendum est, servi non manumissi nomine, in id nimirum quod interest: nam pecuniam datam condicere possum, si me pœniteat, *L. 3. vers. quid si ita dedi, L. 5. in pr. infr. de cond. cau. da.* Cæterum, ejus quod interest nomine ob servum non manumissum, de quo quæritur, ita nullam habeo actionem intra Calendas, ut, quamvis constiterit intra Calendas manumitti non

posse, quia decesserit; tamen ante Calendas eo nomine agi non possit, *L. in illa.* 8. *infr. de ver. obl.* Itaque, quod prius dixerat, *cum certum esse cœpisset futurum id non esse* quod fieri debuit, de eo facto dictum est de quo, ut fieret sine præfinitione temporis convenit, ut illa verba præcedentia indicant: *et cum pecunia daretur ut aliquid fieret.* Quod ait, post Calendas me posse tecum agere, si Stichus manumissus non fuerit; ideo generaliter et sine exceptione recte dicitur, quia de Sticho agitur, quem ego tibi manumissionis caussa non dedi. Pecuniam enim dedi ut Stichum manumitteres, qui aut tuus tum erat, aut postea futurus erat; non autem Stichum ipsum, ut eum manumitteres. Quod posterius si factum esset, ideo post Calendas tecum agere omnino non possem, quia, sive servum manumisses, satisfecisses obligationi; sive non manumisisses, tamen Stichus ipso jure ad libertatem perveniret, atque ita fieret ne quid interesset mea, *L.* 3. *L. ult. C. si man. ita fue. alien.*

Ad §. *Si pupillus.*

Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi caussa dederit; consumpta pecunia, condictionem habet, vel liberatur, non alia ratione, quam quia facto ejus intelligitur ad eum, qui accepit, pervenisse.

Quapropter, si eamdem pecuniam is qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit; consumpta ea, et ipse obligatur pupillo, vel eum a se liberat: et eum qui crediderit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit. Nam omnino qui alienam pecuniam credendi caussa dat, consumpta ea, habet obligatum eum qui accepit. Item qui in solutum dedit, liberatur ab eo qui accepit.

SUMMARIA.

1. *Consumptis nummis qui sine obligatione dati erant, consumptionem pro dominii translatione esse, et cur.*
2. *Consumptam pecuniam non videri, quæ casu periit; eoque et danti perire, etsi pupillus dederit.*

Et hoc loco, quæ vis sit consumptionis in pecunia alii numerata, cujus dominium in accipientem non transfertur, ostenditur, itidem ut in *L. rogasti*, §. *ult.* et *L. si*
1 *filiusfa. supr.* Summa est: † Quod pecuniam numeranti præstat ejus pecuniæ translatio in accipientem, hoc item, et pecunia ab initio non translata præstat ejus pecuniæ consumptio. Ut puta, si pecuniam meam tibi mutuam dem, tu mihi ex mutui caussa obligaris; item, si pecuniam meam creditori solvam, liberor: quod si alienam mutuam dedero, mutuam non facio; quia mutuum hoc exigit ut res fiat accipientis, *Inst. quib. mo. re. cont. obl. L.* 2. §. *appellata, supr. eod.* Similiter, nec si alienam solutionis caussa dedero, liberor, quia accipientis non facio, *L. cum quis*, §. *qui hominem*, *L. qui decem*, §. *pen. infr. de sol.* Sed hæc in pecunia aliena ita sunt, quamdiu nummi exstant. His consumptis, et accipientem mihi obligo, si mutuos dedi; et liberor a creditore, si solvi; quod hic positum est in extremo. Quod in pecunia aliena numerata dicitur, valet et in ea quæ fuit dantis, si is pecuniæ alienationem non habuit; quod declarat Julianus hoc loco in principio, exemplo pupilli. Is, quamvis pecuniæ suæ dominus sit, tamen eam alienare non potest, quia jus interdicit alienationem. Ideo nec mutuam dando facit mutuam, nec eam solvendo liberatur, §. *nunc admonendi*, *Institut. quib. al. lic. vel non.* Si tamen nummi consumpti sint, si quidem mutuos dederat, condictio illi nascitur; si dederat in solutum, a creditore suo liberatur. Quod sic intelligendum est, si modo vere debuerit, idest et natura et civiliter; nam, si jure civili non debuit, quamvis natura sit obligatus; si solvit, repetit, *L. interdum, infr. de con. ind.*; quæ res argumento

est illum hoc casu non liberari: non enim potest repetere solutum, qui liberatur. *L. si non sortem, §. pen. infr. de cond. ind.* His consequens est quod Julianus in *vers. quapropter*, intelligi voluit: si is nimirum qui pecuniam a pupillo in creditum vel in solutum accepit, eam porro alii in creditum vel in solutum dederit: consumpta ea, eodem tempore eventurum ut, quemadmodum hic duo sunt qui pecuniam alienam, aut certe alienæ similem dederunt, pupillus et qui ab eo primo loco accepit; ita et ad duos istos ejus consumptionis fructus is quem diximus, pariter redeat, quod ita futurum est, ut Julianus scribit. Ut enim qui a pupillo accepit, vel statim ei obligatur, si accepit mutuo, vel si accepit in solutum, statim eum a se liberat; isque pecuniæ consumptæ in persona pupilli qui dederat, effectus est; ita huic ipsi qui a pupillo acceperat, eodem modo se res habet adversus eum, cui et ipse postea dedit; scilicet ut vel eum sibi obligatum habeat, si quidem mutuo dedit, vel ab eo liberetur, si dedit in solutum. Quoniam autem absurdum videri poterat dici, pecunia non translata, accipientem obligari, cum in mutuo de meo tuum fieri oporteat; item, pecunia aliena soluta, liberari debitorem, cum hac solutione nihil ad creditorem perveniat, quia non sit mansurom, *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.*: ideo statim initio, velut huic dubitationi occurrens, rationem reddidit, quæ facile ostenderet nihil horum in proposito esse metuendum. Quippe, inquit, consumpta pecunia videtur facto ejus qui dedit, ad eum qui accepit pervenisse, idest ejus facta esse; ut consequens sit, quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eamdem et consumptæ, quasi translatæ esse debere. De qua ratione plura ad *L. rogasti, §. ult in extremo, supr.*, ubi et quid sit consumere, et quando pecunia consumpta intelligatur, atque adeo de genere toto consumptionis diximus.
2 † Illud hoc loco in quæstionem vocari potest, verumne sit quod illic generaliter definivimus, pecuniam ab accipiente consumptam non videri, quæ casu apud eum perierit; et num etiam in pupillo de quo agimus, probandum sit. Id enim si fit, dicendum erit in specie proposita, si pupillus pecuniam vel crediderit alii vel in solutum dederit; neque illi ex crediti caussa condictionem, neque ex solutionis caussa liberationem acquiri, si ia qui acceperat, casu pecuniam amiserit; at sic pecunia pereat pupillo, non ei qui accepit: quod videri potest iniquum. Sed cum hoc loco etiam in persona pupilli qui pecuniam dedit, et condictio et liberatio ei contingere dicatur, pecunia consumpta; et ratio utriusque acquisitionis in eo sit, quod consumptione intelligatur pecunia ad accipientem pervenisse; satis et consumendi verbo et superiore ratione docemur, pecunia casu amissa, nihil eorum quæ supra scripta sunt, pupillo acquiri, omninoque pecuniam ei perire. Non enim consumit qui rem ne attingit quidem; nec potest dici pecunia ad eum pervenisse, quæ prinsquam perveniret, periit. Qua in sententia facile confirmabimur, si cogitabimus pecuniam a pupillo datam, pupilli mansisse, ut qui eam alienare non potuerit; jus autem ita esse, ut res sua domino pereat, *L. pignus, C. de pig. act.* Occurrit tamen ratio Accursio ex adverso. Ait enim in hunc locum, secundum hanc sententiam, futurum ut deterior sit conditio pupilli in pecunia ab eo data, quam majoris; hunc enim constat, si pecuniam suam dederit, statim condictionem habere, quamvis pecunia apud accipientem casu perierit, *§. item is, Inst. quib. mod. re con. obl.* Ille autem iniquissimum putat non idem in pupillo statui; quo tamen nihil est æquius. Propriis enim rationibus sic constituitur utrumque, ut, illis positis, non aliud in utriusque persona recipi potuerit; nam minor annis, cum pecuniam suam mutuam dat aut solvit, etiam dominium transfert; quia, ut pecuniæ dominus fuit, sic et rei suæ habuit alienationem, et præterea voluit transferre, *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* At pupillus, quia pecuniæ alienandæ jus non habuit, eam tradendo nihil agit, nec minus rei dominus manet quam ante fuerat. His positis, illa sunt consequentia ut, et pecunia translata, periculum in accipientem transeat; et non translata, periculum ejusdem sit cujus et ante fuerat; ut utrobique illud valeat, rem domino perire, *L. certi, in fin. supr. cod. d. L. pignus, C. de pig. act.*

Ad L. Si tibi pecuniam. 20.

Idem *lib.* 18. *Digest.*

Si tibi pecuniam donassem ut mihi eamdem crederes, an credita fieret? Dixi, in hujusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti. Nam talem contractum, neque donationem esse, neque pecuniam creditam. Donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non esse, quia exsolvendi caussa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur, si is qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit; non fore creditam. Magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum; benignius tamen est utrumque valere.

S U M M A R I A.

1. *Exsolvendi caussa quod datur, non dari alterius obligandi, et* num. 3.
2. 4. *Exsolvendi sui caussa quem dare posse pecuniam, et simul ut sit mutua; et* num. 4.
3. *Donatio in proposito et mutuum quam recte ex benignitate defendatur.*

Donavi tibi pecuniam ea lege ut mihi eamdem crederes, idest, ut est creditæ pecuniæ specialis appellatio, mutuam dares; credidisti. Quæritur an fiat mutua, ut sic tibi ex caussa mutui obliger, ut eam possis condicere. Julianus, ut maxime ostenderet non fieri mutuam, id quod quæsitum erat, et de donatione et de mutuo respondet, quia ex donatione quoque pendet an sit mutuum. Ait igitur, si proprietatem verborum sequi volumus, talem contractum nec donationem esse, nec mutuum. Donationem non esse probat ex definitione: si quidem donare est dare ea mente, ut datum omni modo penes accipientem maneat, *L.* 1. *infr. de donat.*; quod hic non fit, ubi pecuniam ita tibi do ne maneat apud te, sed ex crediti caussa statim ad me redeat; nam in mutuo id agitur, ut de tuo meum fiat, *L.* 2. §. *appellata, supr.* Creditam seu mutuam pecuniam non fieri, separatim probat propria ratione; *quia*, inquit, *exsolvendi caussa magis* mihi abs te *daretur, quam alterius obligandi.* Ratio est ex fine omnium contractuum ducta; certi enim juris est, nullam obligationem contrahi, ubi non id agitur ut obligatio nascatur, *L. non omnis, in pr. sup.* Negat autem, cum tu mihi pecuniam mutuam das ex supra scripta conventione, pecuniam dari mei obligandi caussa, et probat hoc ipso, quod *exsolvendi caussa* mihi abs te detur. Quod cum dicit, duo complectitur: nam primum hoc ponit, quod exsolvendi caussa detur, non dari alterius obligandi; deinde hoc sumit, te mihi in proposito pecuniam dare exsolvendi gratia. Quorum de priore dubitari potest; quæritur enim quid vetet quominus ista concurrant. Posterius etiam potest merito falsum videri; nam quomodo exsolvendi caussa dare dicendus es, ubi constat nominatim te dare mutui caussa?
Sed recte utrumque Julianus. † Nam quod 1
ad fines dandi attinet, aperte contrarii fines sunt solvendi et alterius obligandi; cum qui solvit, hoc animo sit, ne quod dedit repetat, neve quem sibi obliget, *L. si non sortem*, §. *pen. infr. de cond. ind.*; quo fit
ut, uno fine posito, alter tollatur. † Quod 2
autem ait te mihi pecuniam dare *exsolvendi caussa*, non eo minus verum est quod mihi das mutuo, ut hujus ipsius mutui dandi caussa sit ut te liberes; convenerat enim ut eamdem pecuniam mihi mutuam dares, fuitque conventio ejusmodi quæ obligationem et actionem pareret, cum in traditione rei meæ fuerit interposita, *L. in traditionibus, supr. de pact. L. legem, C. eod.* Quapropter, si ex conventione mihi das mutuam,

apparet te ideo facere ut solvas, quod ex ea caussa facere te oportebat, teque ea obligatione liberes: semper autem in contractibus cujusque contractus initium spectare debemus et caussam. *L. si procuratorem, in pr. infr. mand.* Hac ratione constituta, colligit in proposito, pecuniam quam mihi dederis, non fore mutuam. Sed ita colligit, ut ostendat, non magis se id efficere ex hac proxima ratione, quam ex eo quod prius statuit, in hac specie donationem non esse. Idque est quod ait: igitur pecuniam non fore mutuam; magis enim meam accepisse intelligi debeo. Si meam accepi, recte colligit etiam hoc ipso non fieri mutuam; non enim minus, ad mutuum contrahendum, opus est ut pecunia quæ datur sit dantis, et ille dominium transferat, quam ut ita detur, quo is qui accipit obligetur. *L. 2. §. ult. supr.* Non est autem tua, si eam tibi ita donavi, ut statim eamdem mihi crederes; et donatio nulla est, ut hic nullam esse diximus: nuda enim traditio dominium transferre non solet, sed ita, si justa aliqua caussa præcesserit, *L. nunquam, infr. de acq. rer. dom.* Itaque quod ait, cum eam pecuniam ita tibi donatam mihi mutuam das, magis me meum accepisse videri; hic meum proprie dixit quod vere meum esset, nunquam prius in te translatum; non autem quod mihi fuit debitum, ut Accursius interpretatur. *Sed hæc ita sunt,* inquit Julianus, *si proprietatem et subtilitatem verborum*
3 *sequimur. † Benignius tamen est utrumque valere.* Sed cur benignius? an quod, quamvis neque donatio hic sit neque mutuum, tamen utrumque subesse existimandum est; quia ut ista essent, inter contrahentes placuit, ut sic voluntas eorum conservetur? Minime. Alioqui quavis conventione efficietur donatio, efficietur mutuum; quod non ita est, certam enim hæc naturam habent jure constitutam; hanc conventionem mutare non licet. Ideo, alienam pecuniam dando, mutuam non facio, quantumvis convenerit ut esset mutua, quia mutui natura hæc est ut de meo tuum fieri oporteat, *L. rogasti, §. ult. L. nam etsi, supr. eod.* Similiter, si tibi decem mutua dederim, frustra paciscor ut reddas undecim; quia mutuum natura sua re contrahitur, re autem obligatio non potest contrahi, nisi quatenus datum est, *L. rogasti, §. si tibi, supr. eod. L. si tibi, supr. de pac.*; neque ulla benignitas facit ut, ubi re ipsa mutuum non sit, ibi propter conventiones supra scriptas, inter contrahentes admittatur. Dicendum est igitur vere hic donationem esse, et vere mutuum; sed ut ita existimetur, benignitate interpretationis fieri, non subtilitate verborum. Quod si recte explicamus, simul ad ea quæ supra contra disputata sunt, quid respondeamus intelligetur. Ergo, in rebus transferendis, jus ita est ut non intelligatur donatum, ne datum quidem, quod ita dedi ut statim ad me rediret, *L. 1. infr. de don. L. qui sic, infr. de sol.*, et generaliter, quod traditur, ita dari intelligitur, si est mansurum, *L. aliud est capere, infr. de ver. sig.* Secundum hæc, ne pecunia quidem tibi a me donata dicenda est, de qua ita convenit ut eamdem statim mihi mutuam dares; nam et mutuo maxime efficitur ut ad me revertatur, cum, etsi vere tuam mihi dares mutuo, eam hoc modo omnino meam faceres. Et hoc subtilitas verborum ejus juris exigit; verba enim generaliter scripta sunt: sed benignitatis et æquitatis ratio postulat, quod dicitur si pecuniam tibi dem ut statim ad me redeat, pecuniam non alienari nec in te transferri; id ita accipi, si dem ut ad me vere et eum effectu redeat. Aliter, si convenerit ut rediret ex ea caussa ex qua effectu, nec a te recessisse, nec ad me rediisse videatur; quandoquidem rem omnem non ex eo quod videtur, sed ex effectu suo æstimare debemus, *L. si per alium, §. 1. supr. ne quis eum, qui in jus vocand. est.* Atqui ex hac conventione ut eamdem pecuniam mihi mutuam des, potestate mutui hoc evenit, ut, cum pecuniam ex ea caussa mihi dederis, effectu ipso non videatur pecunia aut ad me rediisse, aut a te recessisse. Ad me rediisse non videtur, quia eam tibi reddere debeo; et id enique abesse videtur, in quo alteri obligatus est, *L. si quis mandatu, supr. de neg. gest.* Sed nec videtur a te recessisse, quoniam eam me repetere potes, cum voles; is autem rem habere videtur, qui ad eam recuperandam actionem habet, *L. is qui actionem, infr. de reg. jur.* Itaque, superiore conventione interposita, huc res redit, quasi sine ulla conventione pecuniæ mihi reddendæ ego tibi eam donassem; quod si factum esset, nemo dubitaret quin esset donatio. In summa, multum interest utrum simpliciter dem tibi pecuniam ut statim mihi eam reddas, nulla caussa adjecta cur reddas; an vero dem ea lege, ut reddas quidem, sed ita ut des mihi mutuam. Illic neque donatio est, neque adeo dominium transfertur, *d. L. qui sic, de solution.* quia translatio est inutilis. Idemque hic accidit quod in eo legato, cum debitor creditori suo quod debet, legat; ubi legatum nullius momenti esse placet, si nihil plus sit in legato quam in debito, quia nullam utili-

latem affert legatario, §. *ex contrario, Inst. de legat.* At cum id agitur ut mihi eamdem pecuniam des mutui nomine, vi ipsa quodammodo semper pecunia penes te manere intelligitur. Dominium quidem certe non eo minus in te transtulisse videri debeo, quia tibi dedi supra scripta lege; cum is vere sit dominus, ad quem dominii fructus jure pertinet. Pertinet autem ad te hoc ipso, quod eam pecuniam postea mutuam dando, mutuum contrahis, et tibi eo nomine condictionem acquiris, qui pecuniæ solum nostræ fructus est; quoniam alienam dando, mutuam non faceremus: qua ratione dictum est in *L. qui id quod*, §. 1. *infr. de donat.*, in specie proposita non impediri dominii translationem. Si pecunia quam tibi ea lege donavi, tua facta est; consequens est quod ibidem significatur, iisdem nummis mihi a te creditis, mutuum contrahi, quia novum dominium in his mihi quæritur. Nempe hoc desiderabatur ad mutuum, ut pecuniam tuam mihi dares, ut sic de tuo meum fieret, *L.* 2. §. *appellata, supr. eod;* hoc autem contigit, si pecunia vere tua prius facta est, ut factam esse effectum est. Quod. quoniam benignitate interpretationis defendi diximus; ideo Julianus hanc benignitatem, ut ad donationem, sic ad mutuum quod inde pendet, recte retulit, ut diceret benignius esse utrumque in proposito valere: nam, cur de animo obligationis contrahendæ in hac specie mutui dubitetur, nihil est; cum nominatim juxta conventionem, mihi eam pecuniam des mutui caussa. † Sed obstat quod ex solvendi caussa mihi das, ut prius scripsit Julianus, nempe ut ea obligatione qua ex facto tenebare, te liberes: natura autem non patitur, ut simul et solvendi, et ejus cui solvitur obligandi caussa, quid detur. Et poteramus statim hoc respondere quod est in *L. in numerationibus, infr. de solution.*, non esse novum ut una præstatio ad duas caussas proficiat, ad solutionem præteriti temporis, et ad futuri obligationem; nam, cum testator pecuniæ usumfructum legat, heres pecuniam legatario dando, eadem numeratione et liberatur actione ex testamento, et obligat sibi legatarium ut, finito usufructu, pecuniam restituat. Item, si damnatus fuerit heres alicui vendere rem hereditariam vel locare, is, vendendo vel locando, et liberatur ex testamento, et obligat sibi legatarium. Non alia porro conditio est obligationis hujus, cum tu mihi ad pecuniam mutuo dandam, ex conventione obligaris. Proinde, quod in superioribus caussis recipitur, hoc idem et in hac evenire oportet, ut tu mihi pecuniam mutuam dando, una liberatione et libereris actione in personam, et me tibi ex ea caussa obliges. Sed hæc responsio objectionem non diluit; exempla enim hæc tantum sunt, huic de quo agitur similia.

Nil agit exemplum, litem quod lite resolvit.

Dici enim potest, non magis in illis superioribus quam in specie proposita, recipi potuisse, ut quod solvendi caussa datur, quatenus solvitur, id accipientem obliget, quia hæc sint pugnantia. Et omnino ita res habet, ut id neque jus neque natura rei patiatur; quod enim solvitur, debetur; quod debitum solutum est, ut non hoc animo datur ut repetatur, ita jure certo quod naturam rei sequitur, repeti non potest, nec quidquam eo nomine. *D. 1. L. si non sortem*, §. *si decem, infr. de cond. ind. L. qui hominem*. §. *ultim. infr. de solut.* Quid ergo est? fatendum est, quod solvitur, nunquam dari alterius obligandi caussa, aut etiam alterum obligare posse. Sed nihil fit adversus hanc sententiam, si in his caussis eamdem numerationem dicimus et ad solutionem prodesse, et ad obligationem. Intelligendum est enim, in his duas res esse distinctas, eam quæ solvitur et eam quæ in obligationem deducitur; et quæ solvitur, numquam solvendi caussa ita dari, ut detur accipiantis obligandi caussa; et contra, quæ ad alium obligandum datur, numquam dari solvendi caussa: ut semper verum sit, nunquam in eamdem rem concurrere duo hæc, ut quid solvatur alicui, et simul detur ejus obligandi gratia. Sit exempli gratia mutuum quod mihi dare debeas (nam quod de una specie dicetur, licet idem intelligere de cæteris) Quod in hac caussa solvitur, est id quod mihi a te debetur; debetur autem mihi a te, non pecunia, alioqui solutam, nunquam repeteres; sed hoc solum, ut mecum mutuum contrahas, seu officium et voluntas mutui mecum contrahendi. Quod autem in obligationem mutui a te deducitur, pecunia est quæ mihi eo nomine a te datur, ut eam ex ea caussa tibi debeam. Etsi, cum pecuniam mihi mutuam das juxta conventionem, horum utrumque concurrit, ut et mihi officium præstes quod debebas, et me vicissim eo nomine obliges; tamen sic hæc concurrunt in eamdem numerationem, ut res maxime diversæ sint; et quidem ita, ut quod in his solvendi caussa mihi a te præstatur, nunquam in eo quidquam facias mei obligandi caussa, aut omnino me tibi eo nomine obliges; et contra, quod in mutui

caussam deducitur ut tibi debeam, numquam detur solvendi gratia. Nam officium illud contrahendi quod me-um contrahendo præstas, tale est ut, cum solveris, nunquam ejus utilitas repetatur, aut quidquam ejus nomine, cum tu id debitum solveris. Pecunia autem ipsa quam mihi dedisti mutuam, est ejusmodi ut, cum mihi eam dederis obligandi mei caussa, non possit intelligi mihi abs te data solvendi gratia, qui eam prius non debueris, sed solum ejus mutuationem. Quæ si ita sunt; quod in proposita specie mutui est aliquid quod mihi a te solvendi caussa præstetur; dicendum est, id non facere quominus pecunia quæ mihi a te datur, ex conventione fiat mutua, postquam hæc non datur solvendi caussa, sed solum ut me tibi eo nomine obliges. Quapropter, quod in ea specie conventionem mutui esse dicimus, jure ipso si ri existimandum est, non benigna interpretatione. Dixi supra, in omni contractu cujusque contractus initium spectandum esse et caussam, *L. si procuratorem, in pr. infr. de mand.* Sed, si vera sunt quæ ante diximus, id ipsum et in hac specie plane servatur; non enim hic pecunia datur mihi a te mutua ut eam mihi solvas, sed solum ut me obliges. Quod solvis, est illud officium mecum contrahendi, quod ex conventione mihi præstare debebas, non pecunia. Ita ejus officii præstandi unicus finis est, ut te liberes; pecuniæ mutuæ, quatenus mutuo datur, unicus finis et caussa, ut, beneficio a me accepto, mihi pecuniam reddere debeas: ut consequens sit, etiam hac caussa inspecta, mutuum et mutui obligationem in proposito admitti debere.

Ad L. *Quidam existimaverunt.*

Idem *lib.* 48. *Digest.*

Quidam existimaverunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi; neque eum qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi. Sed in utraque caussa humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offertur; cum ad officium ejus pertineat lites diminuere.

SUMMARIA.

1. *Species et quæstio hujus loci, ejusque occasio constituitur.*
2. *Partem oblatam post litem contestatam, accipere actor cogi non potest.*
3. Petere *verbum.*
4. *Quæstio, et responsi summa.*
5. *Objectiones adversus Juliani sententiam pro sententia dissentientium; quæ et diluuntur.*
6. *Ad oblatum accipiendum compelli actorem, quomodo accipiendum.*
7. *Oblatam partem recusante actore accipere, quæ sit pœna.*
8. *Ad officium prætoris pertinere lites deminuere, quomodo intelligendum, et quod ejus officium.*
9. Reddere jus *cur dictum pro* jus dicere.
10. *Ratio Juliani exposita.*
11. *Oblatæ partis actio dari creditori non debet, et quibus de caussis.*
12. *Sententiæ responsi summa plenius exposita.*
13. *In eum qui in jure totum confitetur, nullam esse actionem, etiam si partem tantum repræsentet.*
14. *Partem debiti oblatam licet creditori recusare impune et sine mora; idque etsi debitor partem tantum oblatam se debere fateatur.*
15. *Alciati sententia, de cogendo creditore partem debiti oblatam accipere, refutata.*
16. *Pecuniam recipere partis præstationem quid sit.*
17. *Heredum ex persona conditionem obligationis non immutari, quid sit.*
18. *Partis solutionem quibus in caussis admittere cogatur creditor.*

1 Si creditori ÷ decem apud magistratum petenti et de his judicio agere volenti, debitor offerat quod petatur, id est fateatur se id debere, paratumque dicat solvere, ne judicium in se reddatur; convenit inter omnes, eum audiendum esse, denegandasque in eum actiones, et spatium stipulanti dandum ad solvendum, quod judicatis dari solet, *L. si debitor, infr. de solut. L. si debitori, sup. de jud.* Hinc quæsitum, si debitor partem tantum offerat ejus quod petitur, reliquum se debere neget, an hic quoque hoc ei tribuendum sit, ut in eam partem quæ offertur, denegetur eadem creditori actio, ut hanc creditor accipere cogatur sine judicio, reliquum si velit, possit tantum judicio persequi: an vero creditori permittendum sit hanc divisionem recusare, eoque et totum judicio petere ut instituerat. Quæ hujus loci species et quæstio est ex priore illo jure nata; quæ tamen, quia a nonnullis in dubitationem vocatur, nec est ex verbis satis expedita, prius nobis constituenda videtur. Agitur ergo hic de creditore qui ante litem contestatam apud magistratum quid petat, cui reus offerat tantum partem ejus quod petitur, de qua et judicium in se dari recuset; reliquum neget se præstare debere, ut de eo petitor agat si velit, sed de eo dumtaxat. Hæc mecum sic colligantur. Primum, ut intelligamus hic litem contestatam esse de eo quod petebatur, cujus deinde partem post litem contestatam reus offerat, ut quidam faciunt, neque verbis convenit, neque ratio juris patitur. Ait Julianus compellendum actorem ad accipiendum quod offertur, sed compellendum a prætore, ut in-

telligamus, compellendum officio prætoris. Hoc verbo officium judicis excluditur; ubique enim hæc separantur, ut in divisione illa nota stipulationum, quarum aliæ dicuntur prætoriæ, aliæ judiciales, aliæ communes, aliæ conventionales; quod quam ob rem fiat, docuimus ad *L. 5. infr.*
2 *de verb. ob.* † Juris autem ratio facit ut nullæ sint partes, nulla potestas post litem contestatam, ad cogendum actorem accipere partem oblatam ejus quod petitur. Aut enim judex in eam partem reum condemnabit, aut quia offertur, eo nomine absolvet; nam horum alterum in sententiam facere debet judex *L. 1. infr. de re jud.*, nec ante sententiam executioni alii locus est, *L. 1. C. de exec rei jud.* Dici potest, judicem frustra condemnare reum qui ultro in jure de pecunia confitetur, eoque et jure pro condemnato habetur, *L. 1. infr. de confes.* Sed, quamvis possit eum condemnare, tamen condemnatio ad eum accipere cogendum plane sit inutilis; non enim magis cogitur creditor a debitore condemnato accipere quam a confessu, cum et condemnatio et confessio pro creditore constituta sit, liceat autem unicuique contemnere ea quæ pro se introducta sunt, *L. si judex. supr. de minor. L. pen. C. de pact.* Absolvere autem reum judex de ea parte non potest: si enim de ea absolvit, et judicium de altera parte controversa perseverat, ut necesse est; eveniet ut ex uno judicio res judicata in partem valeat, in partem non valeat: id vero jus non concedit, *L. in hoc judicio, supr. fam. erc.* Sed, etsi liceat ex eodem judicio in unam partem sententiam ferre, in alteram non ferre: tamen in proposito, de parte oblata non liceret reum absolvere. Nunquam enim ante rem judicatam, is cum quo actum est, aut de parte aut de toto absolvi officio judicis debet, eo nomine quod rem in judicium deductam vel solvit vel offert, nisi eo nomine satisfaciat acturi. *§. ult. Inst. de per. et temp. act.* Is satisfacit qui actorem contentum reddit, *L. 1. sup. qui sat. cog.*, quod fit, dum ille admittit quod offertur: hic autem partem oblatam creditor repudiat.
3 † Neque nos moverit quod Julianus nominatim rem proponit de eo qui decem peteret; quod enim traditur in *L. amplius. infr. rem rat. hab.*, eum qui nondum litem contestatus est, non petere, sed petere velle; tunc locum habet, cum de effectu petendi cogitatum est, ut fit, cum inter aliquos convenit ne creditor a debitore peteret. Diversum est, cum verbum petendi ad id quod ab actore dicitur, refertur; secundum quod, is dicitur petere qui se petere dicit et sibi dari oportere intendit, ut fit hoc loco, ubi pro his verbis *neque eum qui decem peteret*, subjicitur postea *neque eum qui fundum suum diceret.* Atque hoc sensu, verbum petendi in hac quæstione usurpari, plusquam manifestum est ex illa definitione *L. si debitor, infr. de solut.*, si debitor offerret pecuniam quæ petitur, prætor creditori denegat actiones; quod nisi ante litem contestatam fieri non potest. De tempore igitur quod litem contestatam antecedit, omnem hic quæstionem esse dubitari non oportet. Quod dixi, in superiore petitione debitorem negare se debere quinque, de aliis quinque confiteri, non exprimitur quidem hoc loco; sed satis ex eo intelligitur, quod dicitur creditor ex his decem cogendum quinque accipere, et reliqua posse persequi; non enim potest judicio persequi reliqua quinque, nisi adversus inficiantem, quoniam in confitentes nullæ sint partes judicantis, *L. proinde, 25, §. ult. supr. ad leg. Aq.* Quod dixi, in hac inficiatione debitoris ita creditorem se instituere, ut velit non illa tantum quinque, de quibus controversia est, sed etiam illa altera quæ offeruntur, atque ita in totum decem persequi; apertius intelligitur ex responso, quam ut de eo possit justa dubitari. Respondetur enim de sententia quorumdam non esse eum cogendum partem duntaxat judicio persequi; quod significat, licere ei tota decem persequi, non partem tantum: neque vero id respondetur, nisi quia de eo quæsitum erat, an id creditori facere liceret. Sed et Julianus, cum, repudiata hac sentententia, respondet cogendum esse creditorem partem dumtaxat petere, declarat de eo fuisse controversiam, an totum liceret creditori petere, an partem tantum. Quod dixi, creditorem, ut sibi totum persequi liceret, in jure apud prætorem postulare; ex eo liquet quod Julianus respondet, in hac contentione, prætoris partes esse ut actorem compellat ad accipiendum quod offertur: non compellit prætor, nisi de eo apud eum contendatur. Specie hujus loci
constituta, redeo ad quæstionem: † An, de- 4
bitore partem ejus quod petitur offerente, nihilo minus recte postulet creditor, de toto quod petit, sibi adversus eum actionem dari an vero cogendus sit accipere quod offertur, et solum reliquum judicio persequi, si quidem de eo velit agere. Respondet Julianus, prius illud quosdam existimasse; posterius sibi magis probari, quia sit humanius. Ita fatetur, prioribus illis non deesse juris rationem, sed humanum esse ait, ut alterum potius sequamur. Quod quam recte dicatur, quoniam dicitur per comparationem, non potest nisi ex contentione rationum utrius-

5 que partis intelligi. ‡ Operæ pretium est igitur. quid illos alios moverit ut diversum sentirent, ante omnia cognoscere, ut quam recte id deinde solvatur, opposita humanitatis ratione, intelligatur. Et summi juris ratio postulare videbatur, ne cogatur actor dividere suam actionem, neve liceat reo eam pro parte suscipere et pro parte a se removere; sed ut is, aut totam a se depellat totum offerendo, aut si totum non offert, totam suscipere cogatur: non enim hoc in hereditatibus solum valet, ut heres aut totam hereditatem habere debeat, aut nihil, *L. quidam, in fin. C. de jur. delib. L. 1. et 2. infr. de acq. her.*, sed receptum in legatis, ut legatarius pro parte legatum acquirere, pro parte repudiare non possit; sed aut totum agnoscere, aut totum repudiare debeat, *L. legatarius, infr. de legat. 1*. Et, ne in exemplis hujus generis pluribus colligendis longiores simus. ita fere jus constitutum reperietur, ut, cum de re et facto aliquo probando aut improbando agitur, si ejus probandi aut improbandi facultas detur alieni, hæc illi conditio deferatur, ut, aut totum comprobet, aut totum repudiet; ut autem pro parte probet, pro parte rejiciat, ubique hæc inconstantia improbetur, ut his locis confirmatur, *L. in causæ, in pr. supr. de proc. L. cum quæritur, in fin. infr. de adm. tut. L. si ita stipulatio, in fin. infr. de oper. liber. L. 6. in fin. cum L. seq. infr. de bon. lib.* Itaque quod alibi traditur, creditori recusanti denegari actiones, si debitor offerat pecuniam quæ petitur, *L. si debitor, 30. infr. de solut.*, dici potest recte in eo admissum esse. qui tantam offert quanta petitur, quia hoc modo totius summæ actionem a se removeat; sed hoc ad eum transferri non debere, qui partem offert duntaxat, paratus de altera litigare, quia hic pro parte actionem recuset, pro parte in se admittat. Et hæc subtiliter disputari posse agnoscit Julianus; *sed humanius* esse ait, *si prætor actorem compulerit ad accipiendum quod offertur*, etiam in hac causa ubi pars ab eo offertur, qui alteram negando, de ea judicium suscipere paratus est. Ideo autem in hac causa id sequi est humanius, quia in re quæ tota creditoris est, de ea ex commodo ejus statuendum est; ut, si ei nihil prosit in id quod offertur actionem dari, et debitori id noceat, non debeat in tam iniqua postulatione hujus actionis audiri. Talis autem hæc actio futura est, si eam dederimus: sed de eo postea. Prius verba responsi expendenda sunt; sunt enim ita scripta, ut, an id respondeat Julianus quod dixi, et an id ipsum quod respondet, recte confirmet, non facile quivis intelligit. Et omnino, cum responsum ejus, tum ratio ab eo subjecta. singulari cautione indigent. Certe ejusmodi esse utrumque, quod minime perceptum sit ab interpretibus, ex his quæ dicturi sumus, spero, constabit. ‡ Primum, de quæstione 6
proposita respondet his verbis, compellendum actorem ad accipiendum quod offertur. Si, uti simpliciter hoc scriptum est, ita accipitur, aperte falsum est, nec juri civili tantum, sed etiam naturæ adversatur: nam, ut creditor accipiat quod sibi offertur, agitur in eo solius ejus utilitas et beneficium. Jus autem non patitur ut invito beneficium detur, *L. invito, infr. de reg. jur.*, ne quod pro eo comparatum est, adversus eum convertatur, contra omnem benignitatis rationem, *L. nulla, sup. de legib.* Quid, quod nec natura patitur ut quisquam invitus cogatur accipere? Quomodo enim cogemus ut velit? atqui nemo accipit, nisi qui hoc animo sit ut velit, etiamsi maxime ei invito in manu posuerimus, *L. 1. §. 1. infr. de acq. pos.* Et hoc omnes concedunt falsum esse, compellendum esse actorem ad accipiendum quod offertur, si præcise dictum intelligimus; itaque necessitatem hic intelligendam esse, non absolutam, sed cum adjuncto; ut sit sensus, compellendum esse actorem ad accipiendum, pœna proposita, nisi accipiat; qua ex re fiat ut, si hanc vitare vult, necesse habeat facere quod jubetur: quod et verum est, omninoque id ita accipiendum est, ut, cum dicimus procuratorem acturis, si a reo conveniatur compellendum esse actorem defendere, *L. sed et hæ, § defendere, supr. de procurat.*; etsi enim hoc ita alibi simpliciter dicitur, tamen in *L. invitus, § pœna, supr. eod.* scriptum est, pœnam non defendentis procuratoris hanc esse ut denegetur ei actio. Unde intelligimus dici eum compelli ad defendendum, sed ita, si velit non incidere in pœnam non defendentibus propositam, quæ est ut denegetur eis actio. ‡ Sed quæritur 7
quæ sit hæc pœna, nisi actor partem accipiat quæ offertur. Hoc vero recte statui, cum ad sententiam hujus loci præcipue pertineat, nec tamen expeditum sit; in primis animadvertendum est, de quo mihi cum vulgo interpretum non convenit. Illi volunt, pœnam actoris non accipientis quod offertur, hanc esse ut periculum partis oblatæ in eum transeat, id est ut, si pars oblata postea perierit, ei pereat, non debitori; hac ratione, quia in parte oblata recipienda moram fecerit, ut qui sine causa eam accipere recusarit, *arg. L. qui decem, infr.*

de solut. Sed neque hæc sententia de periculo partis oblatæ, adversus eum creditorem qui eam accipere recuset, recipienda est; et si per se vera esset, tamen ejusmodi pœnam hoc loco intelligi, usque adeo a verbis et sententia responsi alienum est, ut nihil potuerit fingi, non dico alienius, sed ineptius. Primum, falsum est creditorem qui partem oblatam accipere recuset, moram facere, etiam si debitor hanc solum, non totum quod petitur, fateatur se debere: de quo, quia mihi constitutum est postea separatim dicere, hujus rei probationem in eum locum rejiciemus. Interim placet hoc concedi, creditorem in specie proposita, non sine mora recusare partem quæ offertur, ut sit recusationis hæc pœna, ut deinceps ea pars illius periculo sit. Attamen nihil hoc ad hunc locum; in quo quærimus pœnam seu incommodum, non quod ipso jure imponatur, sed quo utatur magistratus ad actorem compellendum. Ait enim Julianus: *humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum.* Nihil hic de officio et compulsione magistratus cavendum erat, si res posita esset in sola juris auctoritate pœnam recusationi injungentis; sufficiebat enim dici, compelli actorem accipere quod offertur. Deinde, quæstio posita est, an creditor possit etiam eam partem judicio petere, quam debitor ultro offert. Secundum istorum sententiam, Julianus respondebit, nisi eam partem creditor accipiat, fore ut postea ei pereat. Quid hoc ad quæstionem? Nihil enim prohibet quominus res aliqua creditoris periculo esse incipiat, quia semel eam sine justa caussa accipere recusarit, et tamen eandem postea judicio petere possit; licet enim creditori postea petendo purgare moram, *l. illud, infr. de per. et com. rei vend.* Quam igitur pœnam hic intelligimus quæ sit in manu magistratus, qua adhibita, possit magistratus cogere actorem ad accipiendum quod offertur? Si quid ad rem responderi volumus, hanc intelligere debemus, ut prætor actori deneget partis oblatæ actionem; ut sit sensus, humanius facturum prætorem, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur, denegata ei ejus partis actione. Sic enim et compellitur procurator ad defendendum eum, cujus nomine actionem sibi dari postulat, dum ei non defendenti actio denegatur, ut supra diximus ex *L. mutuus. §. pœna, supr. de proc.* Hoc vero ita instituto et quæstioni propositæ convenit, ut solum apposite ad quæstionem responderi potuerit. Quæsitum enim erat, an actor possit etiam eam partem quæ offertur, judicio persequi. Hoc responso fit ut intelligamus eum non posse, quia scilicet prætor ei deneget actionem ejus partis. Sed et hoc Julianum sentire, ratio ab eo subjecta evidenter probat. Ait enim, *cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.* Non deminuitur lis, si transferatur periculum oblatæ partis in actorem; sed si ei ejus partis actio non detur, nec ei de ea parte litigare liceat. Hoc autem facto, recte dicitur cogi actor accipere quod offertur; denegata enim in eam partem actione, non possit amplius eam judicio auferre ab invito. Ita hoc restat ut, aut ei res amittatur quam numquam petet, aut cogatur eam a volente accipere.

8 † Sequitur ratio Juliani, quæ et ipsa non minus animadvertenda est: *Humanius,* inquit, *faciet prætor, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur; cum ad officium ejus pertineat lites deminuere:* quæ ratio, cujusmodi sit videamus. Hoc enim sentit Julianus, pertinere ad officium prætoris lites deminuere, non eas sententia dirimendo, quod ad hunc locum non pertinet; sed actionem denegando, et ita efficiendo ne lis sit de eo quod petitur, ut fit in proposito in ea parte quæ offertur. Nisi vero diligenter cavemus, non effugiemus quin hæc definitio et per se falsa sit et, quamvis vera esset, tamen ad id probandum quod præcedit, vitiosissime adhibeatur. Primum spectetur conceptio definitionis. *Ad officium prætoris,* inquit, *pertinet lites deminuere.* Simpliciter hoc scriptum est et sine exceptione; quasi, cum de lite instituenda agitur, prætoris hoc officium sit, actionem denegare; quod longe secus est. Prætoris, omnisque magistratus officium est jus postulantibus reddere, eique uni rei magistratus constituti sunt, *L. §. post originem, supr. de orig. jur.* Id non fit aliter, quam, si prætor agere volenti actionem dederit, quo liceat cuique, judicio constituto, de jure suo experiri; unde edicta ita constituta videmus, ut his ubique polliceantur prætores, se judicium seu actionem daturos. Inde et jurisdictio esse dicitur judicis dandi licentia, *L. 3. supr. de jurisd.*, ut intelligamus partem esse juris dicundi, judicium dare et judicem, eoque et pertinere ad officium magistratus cujus est jus dicere, *d. L. 2. §. post originem.* Postremo, actionem de eo quod debetur, postulanti dare, ita prætoris proprium est, ut nisi ex justa et magna caussa non possit eam denegare. *L. sed etsi. §. ait prætor, supr. ex quib. cau. ma.* Ante omnia igitur in hac ratione hoc moneamus: quod dicitur ad officium prætoris pertinere lites deminuere, actionem aut in totum quod

petitur aut pro parte denegandn, non simpliciter accipiendum esse, sed cum hac exceptione, quantum licet et quoad sine actoris injuria facere conceditur; nam hoc nisi fit, usque adeo non est prætoris actionem seu da toto seu de parte denegare, ut nihil sit ejus officio magis contrarium. Injuria autem actoris detracta, nihil est quod verius dicatur, quam esse ex officio magistratus quavis ratione lites deminuere, etiam actionem denegando. Hoc enim demum magistratus officium est, juris sententiam et voluntatem servare ac sequi, quando magistratus le-
9 gum custodes sunt et administri. ÷ Unde et jus dicuntur non facere, sed reddere; quasi dicas suæ curæ et fidei commissum, ita uti commissum est, populo tradere. Jus autem civile, cujus summa lex est salus populi, ut recte Cicero sanxit *lib. 3. de legib.*, lites, ut paci et tranquillitati publicæ inimicas, aversatur, et quantum potest, minuere contendit; qua de caussa maxime et usucapio introducta est, et tanta vis transactionibus privatis tributa, ut indicant *L. ult. infr. pro suo. L. fratris, C. de trans.* Quare et magistratus maxime officium est idem sequi, quoad ejus sine alterius injuria facere licebit. Definitione exposita, major difficultas objicitur ex genere ratiocinationis, quod rursum consideremus. Ait Julianus humanius facturum prætorem, si compulerit actorem ad accipiendum quod offertur, denegata actione ejus partis; et
10 rationem reddit, ÷ ut quidem verba præ se ferunt, *quia ad officium ejus pertineat lites deminuere.* Præpostera vero hæc ratio est et inepta, dixerit aliquis, etiam si maxime propositio vera sit. Non enim ideo humanum est actorem ita compelli, quia ad officium prætoris id fieri pertinet; sed ideo pertinet ad prætoris officium, quia ita fieri humanum est; ut humanitas et æquitas facti, in caussa sit cur ita prætor facere debeat, non autem officium prætoris in caussa cur sit humanum: prius est enim natura, ut aliquid justum vel æquum sit, quam ut prætor id debeat præstare; atque hinc pendet officium magistratus. Sed et illud in hac ratione vitiosum est, quod ex particulari propositione colligitur id de quo quæritur. Definitio enim hæc erat, si modo ita accipienda est ut accipiendam esse diximus, prætoris esse lites deminuere, denegata actione, non semper, sed cum licet et cum æquitas et humanitas suggerit. Non recte hinc colligitur, ideo in specie proposita denegandam esse actori oblatæ partis actionem; quia dici possit non esse hanc speciem ex iis, in quibus humanitatis et æquitas id jus postulat; ut semper hæc quæstio supersit, an in hac specie, actionem partis denegari sit humanum. Videamus etiam ne ratio sit nugatoria, ex genere earum nimirum, in quibus quæstionis principium petitur. Quæritur enim an humanum et æquum sit prætorem denegare actori actionem oblatæ partis, quo illum ad eam accipiendam compellat. Respondetur, ideo humanum esse, quia ad officium prætoris pertinet lites deminuere, quoad æquitas et humanitas patitur: at hoc ipsum erat in quæstione, an humanitas seu æquitas id pateretur. Et est omnino ea conditio rationis hujus, ut in ea hæ reprehensiones omnes suscipiendæ sint, si putamus rationem ad id quod Julianus humanum esse dixerat, referri. Quapropter, quod ad genus collectionis reliquum est, diligenter hac quoque parte monendi sumus cavendum esse, si quid hac ratione effici volumus, ne eo referamus. Quonam ergo? nam ut eo referamus, verba non obscure scripta, exigere videntur: propositio enim hæc est: *humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit;* ratio, *cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.* Et ut de totius hujus loci sententia liqueat, intelligendum est, unam hic propositionem esse Juliani, non quæ verbis exprimatur, sed quæ, prioribus positis, satis colligatur: hujus propositionis duas ab illo reddi rationes, ambas ita distinctas, ut una non sit ratio alterius, sed solum sententiæ propositæ; ad eam vero relatas, esse ejusmodi, quibus propositio recte confirmetur. Propositio est hæc: in utraque caussa hic proposita, prætor compellere actorem debet ut accipiat quod offertur. Hæc, ut dixi, non exprimitur verbis; sed, cum ita scribit: *humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur*, id non alio spectat, nisi ut ex eo colligatur prætorem id ipsum facere debere. De officio enim prætoris hic quæritur; et vero hujusmodi conclusio ex superioribus verbis sua sponte intelligitur, atque adeo his ipsis continetur. Hujus propositionis seu conclusionis duæ sunt rationes; una, quia id fieri sit humanius; altera, quia etiam pertineat ad officium prætoris. Humanius esse probare videtur, cum ait: si compulerit eum ad accipiendum, quod offertur. In his enim verbis *quod offertur* inest emphasis, hujus humanitatis rationem continens; quasi diceretur hoc ipso, humanum esse cogi actorem partem accipere de qua quæritur, nec posse de ea actionem postulare, quia ea pars a debitore ultro confitente offeratur. Cujus rei rationem ple-

niorem si quis desiderat, nos paulo post subjiciemus et quidem ita, ut nemo possit de æquitate hujus sententiæ dubitare. Ac videtur eam rationem Julianus prætermisisse consulto, quia manifestum putabat. Et est omnino manifesta in eo quod offertur, ut est finis judicii, quo non de re confessa, sed controversa agitur, et agitur de eo quod actor negatum consequi velit, non de eo quod jam partum habeat, si non recuset; quale est quod ei offertur. Sed de eo paulo post. Nunc pergo ad alteram propositionis rationem, ut sententia hujus loci, sicut propositum est, explicetur. Ergo, præterquam quam quod prætor, in proposito, denegare debet actori oblatæ partis actionem, quia id fieri humanius est: etiam hac ratione tanto magis debet facere, quia ut fiat, præcipue ad officium ejus pertinet. Pertinere autem probat, cum ait ad officium ejus pertinere lites deminuere; inest enim in hac ratione hæc argumentatio: Ad officium prætoris pertinet lites deminuere, quæcumque occasio tulerit, ut sine injuria alterius possit facere; deminuitur autem lis in proposito, si de parte tantum controversa actio datur, de confessa et oblata denegatur; et summa occasio est cur id fiat, quia humanum est et creditori non nocet. Igitur ut ita fiat, maxime ad officium prætoris pertinet; proinde etiam prætori ita faciendum est, ut est propositum. Hæc, nisi fallor, vera et germana hujus loci sententia est: de cujus tamen æquitate poterit fortasse adhuc dubitari; quia, cur Julianus diceret humanum esse non dari actionem ejus quod offertur, non omnibus notum est, ut ex sententia dissidentium licet intelligere: et hujus rei rationem ille prætermisit. Ac de eo etiam ideo dubitabitur magis, quod diximus creditorem invitum cogendum non esse partem accipere, quamvis reus hanc solum se debere fateatur. Quare, ut æquitatem ejus sententiæ penitus perspicere liceat, rationem rationis pleniorem et evidentem jam subjiciemus. ✝ Non debet actori, in utraque causa hic proposita, dari actio de eo quod offertur, eoque modo denegata actione, compellendus est id accipere, tribus de caussis. Primum, quia actor frustra ejus quod offertur actionem sibi dari postulat; deinde, quia postulat etiam malitiose; postremo, quia constat, si reus de toto quod petitur confiteretur et solvere paratus esset, adversus eum actionem dari non debere. Primum, frustra postulat partis oblatæ sibi dari actionem. Quorsum enim actio et judicium, nisi ut reus convincatur, convictus condemnetur, ac denique condemnatus, remediis juris idest pignoribus ad sententiam exsequendam captis, urgeatur ad solutionem? hic quidem unus finis est et vis judiciorum privatorum, *l. negantes, C. de obl. et act. L. 1. C. de exs. rei jud.* At nihil horum petitur nisi frustra, adversus offerentem. Volumus eum convinci? At confitetur, ut jam actor de fide debiti laborare non debeat. Quid, quod nec convinci natura potest qui confitetur: cum is dicatur convinci, qui, cum negaret, legitimis probationibus vincitur et constringitur, ut, vel fateatur, vel fateri debeat? Volumus eum condemnari, ut sic sententia adversus eum exsecutioni mandari possit? Nihil his rebus opus est adversus eum qui confitetur, et rem offert; nam, si condemnatio quæritur, hæc parta est adversus eum qui in jure fatetur: quoniam in jure confessi pro judicatis habentur, ut non minus et hi solvere cogantur, et pignora ab his capi possint, quam si condemnati essent, *L. unica, C. de confess. L. 1. infr. eod.* Sed et propria ratione frustra desideratur exsecutio adversus eum qui offert, quia hic ultro suo tempore præstat quod petitur; exsecutio autem in eos tantum constituta est, qui condemnati, intra tempora constituta judicatis non parent. Et, ut uno verbo dicam: frustra petitur actio ejus quod a reo offertur, quia nullæ sunt partes judicantis in confitentes. *d. L. proinde, 25. §. ult. supr. ad leg. Aq.* Qua ratione pro superioribus omnibus poteramus esse contenti, quia una omnes complectitur; nisi definitio esset obscurior, et hoc ipsum adhuc quæreretur, cur nullæ sint in confitentem partes judicantis. Ideo, cum id efficiatur ex iis caussis quas supra commemoravi, his uti malim, ne quid dubii hic relinqueretur. Sed tamen et hæc ipsa sententia juris certi liquido probat quod dicimus, frustra ejus quod offertur, postulari actionem et judicium, ubi nihil eorum præstare judex possit, quorum gratia judicium postulatur. Jam vero, si actio ideo actori dari non debet, quia frustra petitur; quanto minus illi danda est, si non tantum frustra petitur, sed etiam malitiose? neque enim malitiis indulgendum est, *L. in fundo, supr. de rei vind.* Atqui hujusmodi est actoris postulatio, si actionem postulet sibi dari de eo quod offertur; malitiose enim institui generaliter dicendum est, quidquid quis facere instituit adversus alium, ex quo nihil laturus sit, nisi ut officiat, *dict. L. in fundo.* Id autem contingit in hac postulatione. Demus enim actori actionem de eo quod oblatum est; non modo nihil ei proderit ea actio, quod supra demonstratum est; sed etiam ma-

ximε nocebit reo. Onerat enim eum, primum molestia et vexatione judicii; deinde, non necessariis sumptibus, qui eo majores futuri sunt, quo plu. in judicium deductum fuerit, si non in operas advocatorum et patronorum, at certe in sportulas quæ a viatoribus præstantur; de quibus ita jus Romanorum fuit, ut ex quantitate rei vel summæ petitæ æstimaretur earum modus, §. *tripli, Inst. de act.* Postremo, his de caussis constanter receptum est, si debitor fateatur se debere quod petitur, paratumque dicat solvere; denegandas esse in eum actiones, sed petenti spatium dandum ad solvendum ut condemnato, ut initio diximus, *L. si debitor.* 30 *infr. de solut. L. si debitori, supr. de jud.* Quod in toto de quo reus fatetur, juris est, hoc idem et in parte quam similiter se debere agnoscat et offerat, admittendum est; quoniam actorem ad utrumque sine judicio accipiendum compelli, pariter nihil ei noceat, *arg. in L. quæ de tota, supr. de rei vind. L.* 3. *infr. pro derel.* Non me moret quod vulgo placet, creditorem non esse cogendum partem debiti accipere, ubi totum a debitore non offertur. Etsi enim concedo id vere dici, usque adeo ut putem ne tunc quidem eum cogendum partem accipere, de qua parte mox; non tamen id efficit ut partis quoque oblatæ et recusatæ, creditori tribuere debeamus actionem. Nihil hæc simile habent, recusandæ partis facultas, et facultas ejus persequendæ. Quod creditor partem oblatam non accipit, hoc ei utile esse potest propter incommoda divisæ solutionis, et ideo ei concedendum est; quod autem etiam de ea parte judicio agere vult, est ei inutile, eoque nec concedendum; præsertim si conjunctum sit cum debitoris injuria, ut conjunctum esse ostendimus.
12 ✝ His expositis, summa sit hæc Juliani sententiæ et superioris tractationis: quemadmodum, cum debitor fatetur se debere totum et paratum dicit solvere, in eum actio non datur, de quo inter omnes convenit, *L. si debitori, supr. de jud. L. si debitor, infr. de sol.* ita, et si partem tantum offerat, quamvis alteram se debere neget et de ea litigare paratus sit, nihilominus et in eum de eo quod offertur, denegandam esse actionem; de quo hic constituitur. Ita, utrobique illud valere, in confitentes nullas esse partes judicantis, uti traditum est in *d. L. proinde, §. ult. supr. ad leg. Aq.* Hac ratione fieri, ut creditor cui pars tantum offertur, compellatur ad accipiendum quod offertur, si quidem eam partem a debitore consequi velit, non sibi perire; nam, cum duæ tantum viæ sint ejus partis obtinendæ, vel ut judicio eam consequatur ab invito vel ut sine judicio eam accipiat a volente; priore via sublata, idest judicio, relinquitur sola posterior quam ad suam obtinendam sequi cogatur, nempe ut cogatur quod offertur a volente accipere. Id ita statui humanum esse, etsi subtilitas disputationis aliud exigere videatur. Cum autem humanum sit; tanto magis in hac specie probandum esse, quia hoc modo lites bono et humano more minuantur: quod fieri, ubicumque res postulet, in primis ad officium magistratus pertineat. Sed hæc hactenus de duobus debitoribus dicta sunt, quorum alter totum offert quo petitur, alter ita partem dumtaxat, ut idem de altera judicium suscipere paratus sit, idest se eam debere neget; de quo solum Julianus loquitur, ut initio ostendi. ✝ Quid fiet, si quis totum 13
fateatur se debere, et partem tantum offerat? Et si hujusmodi aliquis debitor dari posset, diceremus consequens esse superioribus, crediturі adversus hunc in totum denegandam esse actionem, non tantum in eam partem quæ offertur, sed etiam in eam quæ non offertur; quia semper illud tenendum sit, quod diximus, in confitentes nullas esse partes judicantis; item frustra peti actionem adversus eum qui in jure confessus, pro judicato habeatur. Tantumque abest ut, cum id dicerem, putarem me adversus sententiam hujus loci dicere, ubi Julianus de eo debitore agit, qui, quam partem non offert, eam se debere negat; ut existimem maxime id ipsum hoc exemplo confirmari. Cur enim creditor partem non oblatam, eamdemque negatam, judicio petere potest? quia de ea controversia est, et de re controversa judicium consistit. Contraria igitur de caussa, judicium de ea parte non consistet, de qua confessione rei ita constabit, ut de ea nulla esse possit controversia, quia reus pro judicato sit, etiam si maxime eam partem non offerat. Quod ad partem oblatam attinet, si is creditor eam judicio persequi non potest, qui alterius partis integram actionem habet: quod fit, ubi reus seeam alteram debere negat; multo minus is oblatam petere poterit, qui ne alterius quidem partis habet actionem; quod contingit cum debitor de altera quoque parte in jure confitetur. Dici enim potest, unius partis actionem trahere posse ad se petitionem alterius partis, ne creditor actionem dividere cogatur: at ubi alterius partis non oblatæ actio nulla est, quod in confessa contingit; natura non patitur ut quæ nulla est, quidquam aliud ad se trahere intelligatur. Ita-

nus debitor, parte sortis oblata et obsignata, pro ea parte liberetur in sorte, neque tamen eo minus totius sortis usuras debeat, quia id actum sit ne eas debere desineret, nisi tota sorte exsoluta. Dici etiam potest, in ea specie, cum sors et usuræ sortis promissæ sunt, quamvis quis concesserit, parte sortis obsignata, non conting re ejus partis liberationem; non ideo tamen id ad alias species in quibus sors sine usuris debetur, transferri debere; quia usurarum conditio ostendit, hoc ipsum et in sorte actum esse, ne particulatim eam solvere liceret, ne et pro parte usurarum liberatio contingeret; quod conventio aperte prohibet. Sed non eo minus certo jure constat hæc sententia, non posse debitorem partem solvere, invito creditore. Prope diserte expressa est in *L. obsignatione, C. de sol.*, ubi hæc definitio traditur: *obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere manifestum est.* Ut nominatim adjectum est *solemniter facta*, ex qua adjectione intelligimus, nisi obsignatio solemniter facta sit, eam nihil prodesse; ita nominatim dictum est *totius debitæ pecuniæ*, ut intelligeremus, nisi et tota pecunia debita obsignetur, liberationem non contingere. Atqui obsignatio pro justa solutione et liberatione est, ubi debitor solutione liberari potest, *d. L. obsignatione, L. acceptam, C. de usur.*; sic ergo licet argumentari: si debitori particulatim solvere permittitur, licet ei et partem debiti offerre, ac recusante creditore, ita obsignare, ut ejus obsignatione liberetur, quia obsignatio solutio est: at partem debitæ pecuniæ obsignando debitor nihil agit; proinde, nec si partem solvere velit, quidquam proficiet, si creditor accipere recusabit. Observandum est, natura non dici contingere liberationem obsignatione totius pecuniæ confessæ seu liquidæ, sed totius pecuniæ debitæ; quo rursum declaratur, ad justam oblationem et solutionem, non illud inspici an debitor totam pecuniam offerat de qua confitetur; sed an offerat totam quam debet. Proinde, si totam debuit et partem tantum offert, nihil aget ne pro ea parte quidem, quantumvis se eam solum debere agnoscat. Quod si in hac sententia ratio juris quæritur, ea est in promptu: nihil enim certius, quam creditorem impune et sine ullo periculi rei amittendæ metu, rem debitam a debitore oblatam non accipere, si recusandi justam caussam habet, *L. qui Romæ, in pr. infr. de verb. obl. L. qui decem, in pr. infr. de sol.*; at recusandæ partis oblatæ non una caussa est, eaque justissima; quare necesse est, si oblata recusatur, eam jure et impune recusari. Recusandi ratio duplex est; una est, quod debitor partem non ita solvit ut debuit. Naturæ ratio exigit ut, quomodo quidque contractum est, eodem modo et dissolvatur, *L. nihil tam naturale, infr. de reg. jur.*; at obligatio ab initio ita contracta est, ut debitor vel totum semel acciperet, vel de toto semel obligaretur; proinde, et secundum naturam obligationis est et naturæ regulam, ut totum et semel solvat ut debuit: secus si facit, aliter solvere postulat quam debuit; idcirco et hanc solutionem juste creditor recusabit: ut enim aliud quam debetur, invito creditore solvi non potest, *L. 2. §. 1. supr. eod.*, sic nec aliter quam convenit, et obligationis natura patitur; veluti si debitor alio loco offerat, aut alio tempore quam debuit, *d. L. qui decem, infr. de sol. d. L. qui Romæ, infr. de ver. ob. d. L. obsignatione, C. de sol.* Altera recusandi ratio est, quæ et vulgo recte redditur, quod partium solutio damnosa est creditori. Constat autem, ibi minime cogendum creditorem accipere quod aliter offertur quam obligatio contracta est, ubi ex ea re aliquod damnum metuat *L. debitorem, alias, Paulus, 99. infr. de sol.* Quod si quis partium solutionem creditori damnosam esse neget, ut Alciatus, is mihi non tam jure, quam quotidiana rerum experientia refelli videtur. Jure quidem satis, si pro jure habemus *L. 3. supr. fam. erc.*; illic enim diserte scriptum est, sæpe solutionem partium non minima incommoda habere. Sed non tam quid sit in re spectandum arbitror; non tam enim ex juris ratione illud dictum est, quam sumptum est ex usu et experientia communi. Hæc vero nos docet, majorem summam pecuniæ utilem esse ad emptionem prædiorum, tum ad collocandum, ne pecunia domino otiosa sit, ubi vel pretium prædii venditi, vel debitor pecuniam sub usuris accepturus, semel majorem summam desideret; minores autem summas scimus ad eas res ut plurimum esse inutiles. Partem quæ nunc offertur, creditor accipiet, inquies, eamque asservabit donec reliquum accipiat, ut sic denique totam summam confectam habeat. Si quidem asservari solerent hæ partes, aut asservari possent sine periculo creditoris, facilius admitti posset, recte eum facturum, si oblatas acciperet. Nunc autem eadem experientia testatur quam proclives homines sint ad minutas summas consumendas; contra autem, quam sint attenti ad majores asservandas, dum eurant ut sint paratæ ad usus repentinos. Tum autem, in partibus solutis asservandis donec reliquum debiti con-

ficiatur, non parvum creditoris periculum est. Quid enim, si interim illæ amittantur vel incendio, vel ruina, vel bello, vel furto, aut aliis casibus quibus hæc vita obnoxia est? Nempe hæ creditori perierint, qui earum dominus factus est, *L. pignus, C. de pig. act.*, cum si illæ apud debitorem mansissent juste recusatæ, neque creditorem molestia custodiæ onerarent, neque amissæ, illi perirent sed debitori, *d. L. qui decem, infr. de sol.* Si his de caussis, juste partem accipere recusat creditor, cum debitor totum se debere fatetur et partem tantum offert, quæ sententia vulgo recepta est: necesse est et tunc creditorem juste recusare videri, cum pars ab eo offertur, qui hanc solum se debere dicit; nam et hic non minus verum est partem debiti offerri, nec minus verum, parte oblata, aliter solvi quam debuit, et hanc solutionem conjunctam esse cum damno creditoris. In qua autem ad recusandum eædem caussæ sunt, ei ad recusandum jus idem esse oportet. At enim debitor putat totum offerri quod debetur. Si vere amplius debet quam offert, ejus falsa existimatio veritatem rei non mutat, *L. assumptio, infr. ad munic.* At iniquum est ei justam ignorantiam nocere; qui, si scivisset se totum debere quod petebatur, totum obtulisset, et se omni ea obligatione et periculo pecuniæ solutæ liberasset. Iniquum esset, nisi postularet, ut hæc ignorantia ad alienam injuriam converteretur; nempe ut propter hanc ignorantiam cogeretur creditor accipere quod jure suo recusare potuit, aut parte oblata postea amissa, periculum esset creditoris. Cum factum ejus sit, quod totum non obtulit cum totum deberet, naturæ æquitas et regula juris faciunt, ut ei factum suum potius nocere debeat quam adversario, *L. fa-*
15 *ctum cuique, infr. de reg. jur.* ✝ Sed improbatur tota hæc sententia Alciato, qui motus videlicet maxime verbis hujus responsi, cum ad *L. 2. infr. de verb. obl.*, tum hoc loco, accuratius in totum defendit cogi creditorem accipere partem debiti quæ offertur; alioqui eum moram facere, et periculo rei oblatæ alligari, non solum tunc cum debitor negat se reliquum quod petitur debere; quo casu etiam cogi creditorem accipere quod offertur, vulgaris sententia admittit ex hoc loco; sed adversus omnium aliorum sententias, etiam tunc cum debitor totum se debere non negat, sed videtur ei partem tantum in præsentia offerre. Quam sententiam cum ille variis argumentis conetur confirmare, nempe totidem impugnatur ab illo contraria quam supra posuimus. Itaque hoc restat, cum ad confirmationem veræ sententiæ, tum ad sententiam hujus loci magis statuendam, ut breviter quid ille afferat consideremus, ac quo res sit dilucidior, distincte de singulis objectis respondebimus. Sunt autem ejus objecta fere ad quinque numero. In primis urget verba hujus loci. Quoniam indefinite scriptum est, humanius facturum prætorem, si actorem compulerit ad accipiendum quod offertur: hoc ille cum vulgo interpretum sic accipit, quasi diceretur, jure eum cogi accipere quod offertur: quo concesso, plane consequens est quod vult, creditorem non jure recusantem, moram facere; proinde, et si pars oblata postea sine culpa debitoris perierit, debitorem liberari, *L. qui decem, infr. de solut.* Eadem interpretatione admissa, recte et illud Alciatus, adversus vulgus interpretum, consequens esse contendit ut, si in inficiante debitore partis solutio admittenda est (quod illi concedunt), recipienda sit et in confitente; ut nihil eos adjuvet ad defensionem sententiæ suæ, qua volunt creditorem non cogi partem debiti liquidi a debitore accipere: quod dicunt hic agi de eo debitore, qui illam partem quam non offert, neget se debere. Etsi enim verum est de ea hic agi, ut initio ostendi; tamen inficiatio etiam quæ dolo caret, nihil tribuere potest aut debet debitori quod ille, si fateretur, non haberet. Jus enim cuique ex conventione et facto præcedente nascitur, non ex inficiatione: alioqui facile quivis inficiando consequeretur quod vellet. Multo minus potest debitoris inficiatio quidquam detrahere juri creditoris, si quid ille in vero debito adversus confitentem haberet. Quid ergo est? Nempe omnium communis error in eo est, quod putant hoc loco dici, actorem cogi accipere quod offertur. Quod tantum abest, ut verba exprimant, aut Julianus sentiat, ut nihil verbis et sententiæ Juliani magis adversetur. Ille scribit actorem a prætore compellendum ad accipiendum quod offertur. Longe aliud est actorem cogi accipere quod offertur; aliud, actorem a magistratu compellendum ad id accipiendum. Qui dicit actorem compelli accipere, hoc exprimit, cogi eum et jure et quovis modo; generaliter enim loquitur, ut hoc dicere intelligatur, non tantum denegari debere ei actionem ejus nomine quod offertur, sed etiam, si recuset, periculi rei pœnam subire. At qui dicit actorem cogendum esse a magistratu ad accipiendum quod offertur, is priorem pœnam denegatæ actionis complectitur, posteriorem autem etiam verbis repudiat. Nemo a magistratu cogi potest, nisi remedio magistratus proprio, seu quod sit in potestate magistratus. Remedium magistra-

tus proprium ad compellendum ut quid faciat is qui actionem postulat, est denegare ei actionem, ubi res exigat. *L. invitus*, §. *pœna*, *supr. de proc.* *L. sed etsi*, §. *ait*, *supr. quib. ex caus. manum.* Efficere autem ut creditoris periculo sit ea pars quæ offertur, pœna juris est, non magistratus: Simul enim atque creditor sine caussa recusavit quid accipere, jure moram fecit, et ex mora periculo rei obstringitur. *L. qui decem*, *infr. de solut.*; ut si conetur postea magistratus eam pœnam imponere, nihil agat, quia satis jam imposita sit ipso jure sine opera cujusquam: proinde, prius remedium verba ipsa vi sua continent; posterius rejiciunt. Quod si verba generaliter ita scripta essent, ut diceretur actorem compelli ad accipiendum quod offertur: tamen ea ad quæstionem propositam revocari deberent, ut conveniret responsum interrogationi; id enim sententia respondentis exigit, arg. in §. *præterea*, *Inst. de inut. stip.*; ubi autem sententia scriptoris manifesta est, verba captare non oportet, sed qua mente quidque dicatur, solum spectare, ut recte præcipitur in *L. pen. infr. ad exh.* At hic quæstio aperte posita est, an creditor cui pars debiti tantum offertur, possit eam quoque partem judicio petere, una cum ea quam debitor se debere negat. Quapropter, etsi hic responderetur cogi creditorem partem accipere quæ offertur, tamen intelligere deberemus cogi eum accipere ut offertur, idest sine judicio: non etiam posse eam judicio persequi; de quo quæsitum erat. Ita, et verbis superioris definitionis, et manifesta sententia responsi, efficitur unam hanc compulsionem hic accipi debere; quæ fiat, denegata a magistratu partis oblatæ quæque nunc offertur, actione. Neque vero, si creditori ejus partis quæ offertur, actio deneganda est, ideo et ejus partis deneganda est ei recusatio. Ut enim supra ostendimus, partem quæ offertur, petere nisi dolo malo actor non potest; cum, si eam habere non vult, non debeat petere; sin vult, sit in ejus potestate statim id consequi eam, ut offertur, accipiendo. Ac de hoc loco satis jam responsum puto; reliqua videamus. Ut ergo probet Alciatus debitorem partem solvere posse invito creditore, ut nisi creditor oblatam accipiat, moram faciat, utitur secundo loco argumento ejus quod de divisione obligationis legimus in *L. 2. §. 1. infr.*
16 *de ver. ob.*; sic enim illic Paulus scribit, † obligationem pecuniæ dandæ recipere *partium præstationem*; quod nihil aliud est, nisi debitam pecuniam pro parte posse præstari; vel ut alibi scriptum est, id quod debetur, pro parte recte solvi. §. *item per*, *ver. sicut autem*, *Inst.* *quib. mod. tol. ob.* Hoc ille, quia simpliciter dicitur, sic accipiendum putat, quasi dictum esset rem pro parte præstari seu solvi posse, non tantum volente, sed etiam invito creditore; nihil enim distinguitur; et satis constat, ubi generaliter quid et sine distinctione in lege scriptum est, legem quoque ita accipiendam, ut omnia quæ orationi generali insunt, comprehendantur. *L. metum.* §. 1. *supr. quod met. cau.* *L. item veniunt*, §. *pet. tam. ver. a quo. supr. de her. pet.* *L. de pretio. infr. de publici.* Contra, vulgo interpretes superius illud ita dictum volunt, ut obligatio dandi partium præstationem recipiat, volente et partem admittente creditore, non item invito. Recte illi; non recte Alciatus, ut mox liquebit. Sed plerique moventur eo quod in superiore definitione et tota ea disputatione Pauli, nihil nominatim adjectum est, quo distingueretur exprimeretorque de volente creditore: eoque cum Alciato adducuntur, ut generalitatem orationis retinendam putent, nec existiment objectionem satis apte dilui, si dicatur alibi de volente creditore expressum esse (quamquam et id negant): quia in scripto Pauli quid alii scripserint, nihil ad rem pertineat, sed quid Paulus ipse, de cujus sententia quæritur. Ergo, ne quis in posterum hac re moveatur, neve dubitet locum Pauli ita accipiendum ut intelligi debeat, pecuniam pro parte præstari posse volenti, non invito; sic habeatur: hujus rei probationem non aliunde petendam esse longius, sed in ipsis verbis Pauli, tum in sententia quæ ex reliquis verbis colligitur, eam probationem contineri; ut, qui locum ad invitum creditorem trahet cum Alciato, is contra significationem usumque loquendi, et contra apertam Pauli sententiam faciat. Dico, his verbis: pecuniæ obligationem *partis præstationem recipere*, seu pecuniam pro parte præstari posse; etiam si nihil aliud adjiciatur, hoc exprimi, pecuniam pro parte, volenti præstari posse, non etiam invito: aliud est enim offerri, aliud præstari. Offerri pecunia et volenti creditori potest, et recusanti; ut, si dictum esset pro parte eam offerri posse, non negem hoc contineri, ut possit et volenti et invito: at præstari pecunia, nisi volenti non potest. Non est enim præstatio sine accipiente, ut de donatione scriptum recte est a Cicerone in *Topicis*, cui congruit *L. hoc jure*, §. *non potest*, *infr. de don.*; nemo autem accipere potest, nisi volens. Ita fit, ut in *præstationis* verbo, vi ipsa, etiam voluntas accipientis contineatur. Ne quis autem hic cavilletur, nimium nos subtiliter verba aucupari, prætor-

quam quod ferat loquendi ratio et juris auctorum usus; sciat, in hujusmodi orationibus hunc ipsum esse usum juris, ut partis præstatio et solutio quæ recipitur, intelligatur semper ita, ut potestas verbi exigit, idest ea quæ a volente creditore admittatur. Id certius demonstrari non potest, quam ex *d.* §. *item per*, vers. *sicut autem*, *Inst. quib. mo. tol. ob.* Illic enim comparantur inter se solutio partis, et partis acceptilatio, deque his ita scriptum est: *sicut quod debetur, pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilationem fieri posse.* Quid est autem pro parte acceptilationem fieri posse? non posse etiam invito creditore: sed ita ut fert acceptilationis natura, id est creditore consentiente; constat enim acceptilatio duorum consensu, creditoris et debitoris, *L. an inutilis, infr. de accept. L. si unus*, §. *pen. supr. de pac.*, sed maxime crediuris, de cujus jure remittendo agitur. Proinde, et quod de solutione ibidem dicitur, id quod debetur, pro parte recte solvi, eodem modo intelligere debemus. ut recte solvatur admittente creditore; quia non sit solutio, nisi cum naturaliter pecunia creditori numeratur. *L. solutam, infr. de solut.*; neque id fit aliter, quam volente eo et accipiente. Eumque esse sensum ejus loci, ex eo apparet, non tantum quod eadem figura orationis de solutione partis, et partis acceptilatione eodem in loco comprehensum est; sed etiam quod hæc duo in facultate partis liberandæ comparantur. Quod si, cum dicimus pecuniam *partis præstationem recipere*, seu pro parte præstari vel solvi posse, non esset hæc vis verborum, ut his contineretur acceptio creditoris ista admittentis, sed verba communiter et ad volentem creditorem et ad recusantem referri possent; tamen, si constaret Paulum, cum his verbis usus est, de volente tantum creditore sensisse, nihil amplius quærere deberemus. Verbis enim generalibus standum est, sed in re dubia; non cum certum est hoc non sensisse scriptorem, ut omnia quæ verbum significat, contineantur, *L.* 1. §. *licet*, *ver. in re igitur*, *infr. de exer. ac. L. non aliter*, *infr. de legat.* 3. Jam vero, ex his quæ sequuntur, manifestum est quid Paulus senLiat, cum initio dicit, quasdam obligationes seu stipolationes *partium præstationem recipere*, veluti cum decem dari stipulamur; paucis enim verbis interjectis, et in cœpta partitione perseverans, subjicit: *quædam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor; nam, si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est.* Ergo quod prius dixerat, quasdam *partium præstationem recipere*, hoc sensu dixerat, ut intelligeremus eas recipere hanc præstationem effectu, id est ita ut, si partes præstitæ sint, pro his partibus stipulationi satisfiat, et hactenus debitor statim liberetur; ut utrobique, non tam de facultate partis præstandæ, quam de effectu præstationis sentire intelligatur; alioqui male posteriorem speciem quam retuli, a priore illa distinguit. Et omnino Pauli in supra scriptis verbis ea sententia est, quam Ulpianus paulo pluribus et dilucidius expressit in *L. stipulatus*, 9. §. 1. *infr. de solut* his verbis: *qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur, et reliqua quinque sola in obligatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur. Qui autem hominem debet, partem Stichi dando, nihilominus hominem debere non desinit.* Ex quibus perspicuum est, utrumque hoc ostendere, si pars rei debitæ præstita sit, quam recte quamque utiliter præstetur ad liberationem, sive certa summa aut certa species promissa sit, sive quid generaliter. Præstatio porro quæ præcessit et de cujus effectu quæritur, nisi in eo creditore qui hanc prius susceperit, intelligi non potest; nec suscipere poterit, nisi volens. De partis igitur præstatione quæ volente creditore fiat, uterque sine dubio loquitur. † Tertium argumentum Alciato ex persona et conditione heredum ducitur, atque hinc ita ratiocinatur: certi juris definitio est, tradita in *L.* 2. §. *ex his*, *infr. de verb. obl.*, ex persona heredum conditionem obligationis non immutari; immutabitur autem, si debitori ipsi partem præstare invito creditore non licebit, quoniam hoc singulis heredibus facere conceditur in parte debiti hereditaria in quam successerunt; ergo et debitori idem prius licere existimandum est. Et cætera quæ sumit, verissima esse concedo, non posse ex persona heredum immutari conditionem obligationis, et posse unumquemque ex heredibus partem debiti in quam successit, ita creditori offerre, ut illo recusante, si eam obsignet, jure ipso liberetur. Quod autem ait, nisi idem debitori ipsi conceditur, conditionem obligationis immutari, duo sunt quæ hic respondeam: primo, id falsum esse; deinde, si quis concesserit hoc modo obligationis conditionem immutari, tamen immutari eam in persona uniuscujusque heredis separatim; id autem fieri jus non vetare. Si, cum debitor totum præstare debet, heres partem solum hereditariam recte præstat, non modo non im-

mutatur eo modo conditio obligationis, sed maxime conservatur; sic enim fit ut quisque tantum solvat quod debuit, non amplius. Debitor totum præstare cogitur, nempe quia solus totum debet, atque hoc solvendo liberatur: at heres partem solum debet, quia æs alienum inter heredes pro portionibus hereditariis ipso jure dividitur, *L. 2 C. de her. ac. L. pacto successorum, C. de pact.* Consentaneum igitur hoc conditioni obligationis quæ in personam defuncti fuit, ut heres quoque hanc partem præstando liberetur, quia id totum est quod ille debuit. Amplius vero ab eo si exigimus, hic demum dissimilis conditio obligationis in utriusque persona esse incipit, non eadem, quia quod non debet exigimus; nisi forte conditionem eamdem obligationis in utroque esse sic intelligimus, si sit utriusque eadem conditio, ut quod uni ex heredibus tribuitur, idem tribuendum sit et defuncto. Quod non ita esse, nemo est qui ignoret, cum defunctus totum debuerit; heres autem in partem debiti tantum succedat; alioqui alterutrum suscipiendum erit, ut, aut dicamus unumquemque ex heredibus solidum debere ut debuit defunctus; aut, quemadmodum unus ex heredibus partem hereditariam quam debuit præstando, in totum liberatur, sic et debitorem, dum vivit si partem solverit, in totum liberari; quorum utrumque nisi absurde dici non potest. Quod si quis contendet, dum a debitore hoc exigimus ut totum præstet, ab herede autem ut partem tantum, immutari in eo conditionem obligationis; concedam hoc etiam, dum illud retineam, immutari eam ex persona unius heredis, seu singulorum separatim: sed hoc tantum abesse ut sit absurdum aut iniquum, ut contra, rei æquitas et natura cogant ita fieri; cum heres ultra portionem hereditariam non sit heres, eoque nec possit ultra eam portionem ut heres teneri. Sed nec superiori definitioni juris id adversatur; non enim dictum est, conditionem obligationis non immutari ex persona heredis, sed ex persona heredum: ut sit sensus, non immutari ex persona heredum universorum seu heredum omnium conjunctim. Hoc vero dum fiat, quid in singulis heredibus separatim accidat quærendum non est, quoniam universi heredes conjuncti personam defuncti sustinent, non singuli separatim heredes. Sic autem fit ut ex persona heredum universorum conditio obligationis non immutetur, si, omnibus rei debitæ partem solventibus, ea sit conditio rei, ut non possit nisi una eademque res soluta esse, et ea quæ debebatur, non autem diversarum rerum partes. Sed de ejus loci sententia plura diximus in ejus explicatione ad *L. 2. §. ex his. de ver. obl.* Quarto loco utitur Alciatus argumento *L. placuit, C. de coll. fund. patrim. lib. XI.* Illic constitutum est licere possessoribus fundorum patrimonialium pensionem annuam particulatim solvere, dummodo numerum ternæ illationis non excedant. Sic ille colligit: si hoc receptum est adversus fiscum, multo magis adversus privatos creditores recipiendum est. Ego autem contra, sic puto colligi debuisse: constitutum hoc est nominatim in caussa pensionum publicarum quæ pro fundis patrimonialibus debentur; in cæteris igitur caussis et cæteris contractibus, diversum jus est: nam, si possent debitores omnes jure communi particulatim solvere invito creditore, nequidquam id de possessoribus fundorum patrimonialium in pensionibus publicis solvendis caveretur: quod in legibus factum esse nunquam admittendum est, *arg. in L. 1. §. ult. infr. ad Municip.* Apparet ergo id in hac caussa singulari jure constitutum esse, vel sublevandorum possessorum caussa, qui publicis pensionibus onerantur; vel etiam Reip. gratia, quo fiscus facilius suum consequatur; quia facilius sit plures particulas separatim expedire, quam totam summam pensionis debitæ repræsentare. Ultimum argumentum Alciati non videtur egere responsione; ipsum enim satis se ostendit. Ille sic argumentatur: Creditor partem petere potest etiam ab invito debitore, *L. in commodato, §. duobus. infr. com.*; ergo et debitor pro se partem solvere potest etiam creditore invito, quia favorabiliores sint rei quam actores. *L. Arrianus, infr. de verb. obl. L. favorabiliores, infr. de reg. jur.* Male comparat Alciatus res inter se non tantum ratione dissimiles, sed etiam contrarias. Creditor partem debiti potest petere, quia in eo de jure suo statuit; nec, minus petendo, debitori nocet. Licet autem illi renunciare juri suo, et conditionem suam, ut velit, deteriorem facere, *L. pen. C. de pact. L. pactum, supr. de pact.* Inverte rationem; consequens erit non posse debitorem partem solvere, invito creditore. At debitoris plane contraria caussa est; cum enim is partem offert, et creditorem cogere vult partem accipere, in eo de creditoris jure statuit, non de suo; neque id sine creditoris injuria, ut docuimus. Plus quam autem certum est, neque debitorem, neque alium quemlibet creditoris sui aut alterius cujusquam conditionem facere posse deteriorem, *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Quibus remotis, est cur jam sine hæsitatione statuamus, si quid cui ex una caussa

et obligatione debeatur, nunquam jure communi creditorem cogi, ejus quod ex ea caussa petitur, partem accipere, sed eam recusare impune. Si quid debeatur, inquam, ex eadem caussa; nam, si plures res debeantur ex diversis caussis, non prohibetur debitor quod ex singulis debetur, separatim solvere, *L. ult. infr. quib. mod. pig. vel hyp. sol.*, nec injuria; ut enim contractæ sunt obligationes, ita et dissolvi debent, *L. nihil tam naturale, infr. de reg. jur.*; separatim contractæ sunt; recte igitur fit et naturæ cujusque convenienter, si quod ex his debetur, separatim solvitur. Neque metuendum est ne, cum id fiet, debitor videatur invito partem offerre; cum enim singulæ caussæ suum quoddam totum habeant quo constent; dum id offeretur, recte dicetur totum quod debetur, non pars offerri. † Sane interdum, quod ex una caussa debetur, ejus quoque partem creditor accipere cogitur, sed jure singulari; quod libertatis caussa receptum est, cum servus, ut ad libertatem perveniat, decem dare debet: nam, etsi jussus sit liber esse sub conditione si decem dederit, placet heredem per partes accipere cogendum quod conditionis implendæ caussa præstatur, favore libertatis, *L. 4. §. item si decem, infr. de statulib.* Idem constitutum est in caussa pensionum publicarum quæ pro fundis patrimonialibus præstantur; de quibus, ut dixi, cautum est ut eas liceat colonis particulatim solvare, dum ne sæpius quam tribus in singulos annos vicibus, *d. L. placuit, C. de col. fun. patrimon. lib* XI; quod cum certarum pensitationum caussa constitutum sit, jus singulare esse apparet. Num ergo in his caussis quidquam superiori sententiæ contrarium dicimus? Immo his exemplis eam sententiam maxime statuimus; nam, si in his caussis jus singulare est, quod partem licet præstare, in contrariam sententiam jus commune sit necesse est, *L. in his, §. jus singulare, supr. de legib.* Hac sententia bene constituta, fit quod de hujus loci interpretatione voluimus (huc enim maxime superior disputatio collata est), ut minus jam dubitari possit, verum esse quod de sententia hujus responsi supra demonstravimus; nimirum quod hic dicitur, actorem a prætore compellendum ad accipiendum quod offertur, non de alia compulsione intelligendum esse, quam quæ fiat a magistratu, denegata actori in partem oblatam actione; posteaquam, non solum videmus agi hic de compulsione magistratus, cujus alia ratio non est ad cogendum accipere quod offertur, quam ut in id deneget actionem; sed etiam superiore disputatione effectum est, recusanti partem creditori, nullam necessitatem accipiendi jure imponi; atque adeo hanc justa de caussa recusari, quicumque sit debitor qui hanc offerat, sive is qui totum, sive is qui hanc solum partem se debere fatebitur.

Ad L. *Vinum.* 22.

Idem *Lib.* 4. *ex Minicio.*

Vinum quod mutuum datum erat, per judicem petitum est. Quæsitum est, cujus temporis æstimatio fieret; utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset; si non, quanti tunc (fuisset) cum petitum esset. Interrogatus cujus loci pretium sequi oporteat; respondi: Si convenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset; si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

SUMMARIA.

1. *Loci hujus difficultas, et difficultatis caussæ.*
2. *Vinum peti quod mutuo datum est, quam recte dicatur.*
3. *Per judicem petere, id est judicio, cur dicatur.*
4. *Re aliqua in judicium deducta, interdum in æstimationem condemnationem fieri; et quibus casibus.*
5. 19. *Petitum ad litis contestationem hic referri*, et num. 19.
6. *Æstimatio vini petiti, ad unum tantum ex duobus temporibus revocanda, vel quo ex conventione dari debuit, vel quo lis contestata est; et cur.*
7. *Sententia communis de hoc loco, quam sit ipsi loco contraria, et quam rejicienda.*
8. *Æstimationem vini non spectandam quæ fuit tempore contractus.*

Explicantur hæ ll.
9. L. fundum, D. de novat.
10. L. hominem, D. mandati.
11. L. cum quis, D. de ob. et act.
12. L. 3. §. ult. D. de ac. em. et n. 28.
13. L. quoties in diem. D. de ver. obl.

14. *Æstimationem vini non spectandam eo tempore moræ.*
15. *Æquitas hujus sententiæ.*
16. *Moram suam cuique nocere, quomodo accipiendum est.*
17. *Certæ rei debitæ æstimatio, post moram tanta debetur, quanti unquam plurimi fuit post moram; aliter in vino et aliis rebus generaliter debitis; et cur.*
18. L. si sterilis, §. cum per venditorem, D. de act. emp. *explicatur.*
20. *Dies adjectus spectandus in re æstimanda, non propter moram, sed propter conventionem; idem in tempore litis contestatæ.*
21. *Æstimationem vini non spectandam, quæ fuit post litem contestatam.*
22. *Æstimationem vini non spectandam ex tempore rei judicandæ.*
23. *In contractibus bonæ fidei, eadem tempora spectanda ad rem æstimandam, quæ in strictis judiciis.*
24. 26. L. 3. §. ult. D. de act. *illa verba explicantur:* vel quo lis in condemnationem deducitur, *et n.* 26.
25. L. 3. §. in hac. commod. *attingitur.*
27. *Mora creditoris ei nocet, ut vini æstimatio alia spectetur, quam quæ fuit cum vinum oblatum est ante diem, aut litem contestatam, si ea tum fuit minima.*
28. *Si duobus temporibus vinum sit oblatum a debitore, spectabitur utro tempore minoris fuerit.*
29. *Constituto die, si mora facta est a debitore, puta vinum ab eo non oblatum, condemnandus est utro tempore pluris fuerit, vel quo dari debuit, vel quo lis contestata est; non autem præcise spectandus dies constitutus.*
30. *Mora a creditore facta quominus vinum acciperet ante litem contestatam, spectabitur utro tempore minoris vinum fuerit, vel quo dari debuit, vel litis contestatæ.*
31. *Summa utilis totius disputationis præcedentis, quam de jure quæstionis propositæ tenere oportent.*
32. *Loci æstimatio, cujus spectanda sit.*

1 Habet hic locus, † si quis alius, responsum de vino ex certis temporibus æstimando, explicatu difficile minimeque expeditum, de quo omnibus ætatibus magnæ fuerunt etiam inter eruditos dissensiones; non tam adeo propter verborum sententiam, quæ per se plana est, si quis eam ex usu juris auctorum æstimet; quam propter æquitatis, quæ in ipsa sententia requiritur, obscuritatem; sed maxime prupter varietate locorum de eadem re in speciem ita dissidentium, ut, quodcumque tempus spectandum esse dixeris, hic statim multi loci contra occurrant, qui de eo aliud statuere videantur. Accessit ad difficultatem præjudicium Bartoli et cæterorum interpretum maxima ex parte, qui eam sententiam hujus loci esse, perpetuo quodam consensu tradiderunt; quæ si vera est, næ id scripsit Julianus, quod nulla ratione expediri potest; ut, cum ea sententia vulgo tot ante seculis recepta sit, non mirer hoc responsum in numero eorum habitum fuisse, quæ in jure percipi non posse vulgo existimantur: quo diligentius sententia hujus loci nobis animadvertenda et exeutienda est, et vera, si fieri potest, ab errore vulgari et inveterato vindicanda. Ac prius ipsa propositio et quæstio paucis attingenda est; habent enim hæc etiam, illa quidem in verbis, hæc in re quod lectores etiam non incallidos possit remorari. † Proponitur vinum petitum esse, quod mutuo datum erat. Hoc non sic accipi debet, quasi id ipsum corpus quod datum erat, petitum sit: alioqui nihil actum esset. Ex mutuo eadem species non debetur quæ data est, sed alia ejusdem generis, *Inst. quib. mo. re contrah. oblig. in pr. L. 2. supr. eod.*; utque est id quod debetur, ita est actio, quæ nihil aliud est, quam jus persequendi judicio quod nobis debetur, *L. nihil, infr. de obl. et act.* Si quidem ergo recte actum est, petitum est vinum corpore et numero, non id quod datum est, sed aliud; sed nihilominus et in hac petitione recte dicitur *id petitum quod datum est*; quia, quodcumque ex eo genere petitur, si est ejusdem qualitatis, corpore aliud; vi et potestate idem est. Quibus enim in rebus mutuum consistit, hæ in suo genere mutuo idem præstant; qua ratione et in suo genere functionem recipere dicuntur, et quidem magis in suo genere, quam specie; de quo dictum est in *L. 2. §. 1. sup. eod.* Ut autem illud *quod* interpretemur *quale*, ratio sermonis non patitur; est enim *quod* relativum substantiæ, non qualitatis, ut Grammatici docent. † Adjicitur *vinum id petitum per judicem*; quo omnes hoc dici intelligunt, et recte, *vinum petitum esse judicio*. Sed quam recte per judicem peti dicatur quod judicio petitur, videamus: neque enim per aliquem dicimur quid petere, nisi per cum cujus opera in eo petendo utimur, atque adeo per eum quem adhibemus ut petat nostro nomine, uti et per aliquem gerere quid dicimur, cum is nostro nomine et mandatu gerit, *L. 5. §. gessisse, infr. de adm. tut.* Quid ergo? cum judicio quid petitur, an videtur judex petere actoris nomine, ac non actor ipse aut per se, aut per procuratorem et similes alienarum rerum administratores? non enim qui alieno nomine agant, alii nominantur, *Inst. de iis per quos ag. poss.* Et omnino ita res habet, ut quod judicio petitur, etiam interposita judicis opera ac veluti petitione intelligatur peti, eoque et ex superiore ratione recte per judicem peti dicatur. Judicem hic magistratum intelligimus, aut eum qui aliam jurisdictionem habet, ut judicis verbum usurpatur in *L. 1. supr. de jud.* Et quidem de eo tempore, quo petitio vini est instituta, hic agitur. Hæc apud magistratum, aut eum cui jurisdictio mandata est, instituitur. Per hunc, inquam, dicitur recte peti quidquid judicio petitur. Jam primum instituendæ actionis initium inde proficiscitur, ut vocetur in jus adversarius, *§. ult. Inst. de pœ. tem. litig.*; ut vocetur, consequitur actur per magistratum. Sic enim jus fuit temporibus Jurisconsultorum, ut unumquemque in jus vocari oporteret jussu et auctoritate magistratus, ut colligitur ex *L. si quis ex alieno, supr. de judic.* et *L. cum proponas, C. de bon. auc. jud. poss.*, ubi et magistratus judex appellatur. Cum inde ad magistratum ventum est, ubi primum actio intenditur, cogiturque reus aut confiteri aut contestari litem et judicium suscipere, ibi etiam magistratus petitio quædam intervenire intelligitur. Cum enim is actorem admittit ad agendum, vi ipsa videtur denunciare reo ut solvat, alioqui fore ut is condemnetur; quæ denunciatio instar petitionis cujusdam obtinet. Denique, quod judicio recipitur, id instantia competentis judicis recipi dicitur in *L. 2. C. de cond. ob. tur. cau.* Vinum ergo quod mutuo datum erat, recte dicitur per judicem petitum, quod judicio petitum est. *Quæsitum est*, inquit Julianus, *cujus temporis æstimatio fieret.* Nempe hoc ita quærit, quia vult intelligi æstimationem alicujus temporis in condemnationem venire, ut deinceps quærendum sit, *cujus temporis.* Hic vero statim occurritur, male hoc supponi et contra jus,

2 (margin, beside "sit remorari. † Proponitur vinum petitum")

3 (margin, beside "ut Grammatici docent. † Adjicitur")

quapropter et ineptam esse quæstionem. Vinum petitum esse proponit, quod mutuum datum erat; et de vino condemnatio esse debuit, non de vini æstimatione; cum certi juris sit, ut ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non possit, *L. ut fundus, supr. com. divid.* Sic, cum res aliqua petita est, in eam ipsam rem condemnationem judicis esse debere, non in rei æstimationem; quod diserte cautum est in *L. ult. ver. talem, C. de fid. lib.* Et prius certum est, ultra id quod in judicium deductum est, excedere non posse potestatem judicis; cum non sit alia potestas judicis, quam ut sententia sua finem imponat rei controversæ, *L. 1. infr. de re jud.*; non sit autem res controversa, nisi ea
4 quæ in judicium deducta est. † Posterius, de condemnatione in rei petitæ æstimationem non facienda, ita verum est, nisi quid necesse sit propter rem petitam quæri pronunciarique de ejus æstimatione, quod ita fit, si aliter creditori satis fieri non potest. Nec cum id fit, videri debet judex excedere id quod in judicium deductum est; omne enim judicium eo spectat, ut actori de eo quod petit satisfiat. Quare, si ei aliter de re satisfieri non potest, quam si æstimationem consequatur, hoc ipsum etiam ut de ea statuatur, in judicium deduci intelligendum est. Quod dico, ex his quæ sunt notissima potest intelligi. Quid enim, si res petita post moram perierit, veluti res furtiva? Hic constat reum in æstimationem condemnari, quia scilicet ita est necesse, si eum damnari, et actorem quod petit consequi volumus; frustra enim damnetur reus in rem ipsam, quæ præstari posse desiit, *L. in re furtiva, de cond. fur.* Quid, si res exstet quæ petitur, sed non sit in ejus cum quo agitur, potestate; sit aliena puta, et dominus eam non vendat, aut nimio vendat? Recte visum est, iniquum esse condemnari reum in eam rem quam præstare non possit. Ex quo hoc relinquitur, ut in æstimationem rei damnari debeat; quod et placuit, *L. si domus §. qui confitetur, infr. de legat.* 1. Quæ si in his caussis condemnatio recte recepta est; ne dubitemus et tunc eam probandam esse, cum res petita exstabit et a debiture præstari poterit, si præcedentibus temporibus aut major æstimatio rei fuit, aut minor quam nunc est, et nisi aliqua præstita, ei satisfieri, aut reo consuli non licet. Jam vero, cum singulorum temporum variæ sint æstimationes, nec omnes omnium temporum præstari possint, et tamen unam unius alicujus oporteat præstari; omnino necesse est quæri, vino petito, cujus temporis æstimatio facienda sit: utrum ne præsentis quo res judicatur, an præcedentium, et ex his cujus potissimum. In summa, cum res aliqua judicio petita est, in eam ipsam rem condemnationem fieri convenit, si et res exstat, et præstari potest, et ita præstari potest, ut nihil amittat creditor de præcedentium temporum æstimatione, quod quidem æquum sit ei præstari. Quod si aut non exstabit res, aut non poterit præstari a debitore, aut etiam commutata ejus æstimatio est; hic necesse est condemnationem fieri in æstimationem, ut creditor suum consequatur. Ex quibus postremum, cum in vino et similibus mercibus, ut oleo, frumento fere contingat, quarum æstimationem singulis pene temporibus et locis varie commutari solere constat, *L. 3. infr. de eo quod cer. loc.*; merito in his quæritur cujus temporis æstimatio sequenda sit. De eo ita respondet Julianus ex Sabini sententia: *si dictum esset quo tempore vinum redderetur*, tanti æstimandum *quanti tunc fuisset; si non esset dictum*, † *quanti tunc cum petitum* 5
esset: quod sic interpretandum est, quanti fuisset tunc cum lis contestata esset; his enim verbis eadem sententia Sabini et Cassii refertur in *L. ult. infr.* de cond. trit. *tanti litem æstimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari deberet; si de die nihil convenit, quanti tunc cum judicium acciperetur.* Petendi quidem verbum etiam ad ea refertur, quæ petuntur extra judicium, *L. si decem, infr. de verb. obl. L. item veniunt, §. petitam, supr. de her. pet.*; sed proprie id significat quod judicio petitur, *L. amplius, infr. rem rat. hab.*, unde petitio pro actione in *L. exstat, supr. quod met. cau.* Hoc quidem loco aliter accipi non potest: quæsierat enim Julianus de tribus temporibus, quodnam ex his spectandum esset; idne cum mutuum datum esset, an cum lis contestata fuisset, an cum res judicaretur. Ineptus sit plane, si, de his silens, de aliis de quibus nihil quæsitum est, respondeat. Postremo in *L. 3. §. in hac, infr. commod.* hæc sententia generalis traditur: in stricti judiciis cum quæritur quanti res sit, litis contestatæ tempus spectari. Habes responsum, ut quidem verba sunt, scriptum non obscure; verumtamen ejusmodi, ut initio dixi, quod præcipue revocetur in dubium, et ita revocetur, ut non de alia sententia inter interpretes minus conveniat. Nunc igitur, si placet, illam accuratius expendamus. † Et 6
quisquis superiora illa tempora duo spectanda esse dicit, quo vinum ex conventione red-

di debet et quo agitur seu lis contestatur, eadem opera cætera omnia removet, negatque spectandam esse æstimationem quæ fuerit aut cum res contracta est, aut cum mora facta est, aut cum res judicatur, aut ullo intermedio tempore; nam, si quod ex his spectamus, non spectamus diem constitutum, aut tempus litis contestatæ: hæc autem spectanda esse volumus, hoc loco et *L. 3. supr. de cond. trit.*, cætera igitur spectare non possumus. Hæc sententia, cum verbis veterum juris auctorum dilucide expressa est, tum vero per se, ne quis ut iniquam repudiet, æquissima est. Meminisse enim oportet, cum vinum ex mutui caussa debetur, nullius certi temporis vinum deberi: proinde nec ullius certi temporis æstimationem, præterquam si aut dies solutioni dictus sit, aut lis sit contestata. In die constituto, aperta conventio facit ut ejus temporis vinum præstari debeat, quæ conventio ex edicto servanda est, *L. 8 §. ait, supr. de pact.* In lite contestanda, intelligitur id vinum peti quod fuit eo tempore; in quam petitionem et reus consentit judicium accipiendo, in quo tale quidque dari debere placet, quale est cum petitur, *L. 2. infr. de usur.* Ut igitur ex incertitudine illa temporum, quibus vinum simpliciter mutuo datum reddi potest, rei præstatio ad certa tempora revocatur conventione et litis contestatione: sic, iisdem de caussis, et propter rem, ejus rei æstimatio ad eadem tempora revocari intelligenda est. Si quis igitur de singulis temporibus separatim roget, commode ita respondebimus: Cur non spectatur æstimatio quæ fuit, cum res contrahebatur? Quia ejus temporis vinum non debebatur magis, quam cæterorum. Cur non spectatur tempus moræ? Eadem ratione, quia nec ejus temporis vinum debebatur. Cur igitur spectamus æstimationem diei constituti potius? Quia ita convenit; præstatio enim in id tempus nominatim collata est, ut sciretur utilitatis ejus temporis habitam esse a contrahentibus rationem, *arg. L. 4. in pr. supr. de eo quod cer. loc.* Cur ergo, nullo die nominatim adjecto, spectamus tempus litis contestatæ, de quo aperte nihil convenit? Jam dixi, tale quidque judicio præstari debere, quale est cum petitur tacita judicii suscepti conventione, *d. L. 2. infr. de usur.*; quo efficitur, qualis æstimatio eo tempore fuerit, talem quoque esse præstandam. Cur non spectatur tempus rei judicatæ, et quæ præcedunt? Quia non est petitum vinum quod fuit tempore rei judicatæ aut præcedentibus, eoque nec æstimandum; nihil enim deducitur in condemnationem, nisi quod in judicium deductum est, aut ejus æstimatio, *d. L. fundus, supr. com. divid. d. L. ult. C. de fid. lib.* Quid, si vinum pluris fuerit, quo tempore mora facta est? Quid, si pluris cum res judicatur? Quid, si pluris intermediis temporibus? Nihilominus tempus litis contestatæ spectandum esse dicimus, quia semper verum erit, superiorum temporum vinum uti non debebatur, sic nec in judicium deductum esse: proinde nec eorum temporum æstimationem in judicium venire; ut efficiatur hæc sententia, si non convenit quo die vinum redderetur, spectandum esse omni modo tempus litis contestatæ, sive vinum eo tempore plurimi fuerit, sive minimi. Quod ita esse non dubitabimus, si statuerimus verum esse quod multis locis confirmatur, et verissimum est: quoties æstimatio rei alicujus lege ad certum tempus refertur, ut dicatur æstimandum quanti res sit eo tempore; toties id observari, ut, sive postea interesse creditoris desinat, sive incipiat pluris minorisve interesse, nunquam actio locum habeat vel ad augendam æstimationem, vel ad minuendam: definitio prope expressa in *L. ubi, in fin. supr. de edend. L. quia autem, in fin. supr. si quis caut.* Sed ad totius superioris distinctionis et sententiæ confirmationem, præcipue valet Celsi ratio tradita in *L. si Calendis, infr. de re jud.* Ibi, cum respondisset Celsus: *si Calendis fieri aliquid stipulatus sim, tanti litem æstimandam, quanti interfuit mea Calendis id fieri*; hanc rationem reddit: *ex eo enim tempore quidque æstimatur, quo solvi potuit.* Non dicit, videtur æstimandum; sed sine hæsitatione et generaliter *æstimatur:* in quo eum sententiam juris explorati usurpasse apparet; habetque ea sententia hanc rationem. Nam quæ tempora novissimum solvendi tempus antecedunt, debitori libera sunt ad solvendum, alioqui ipsa essent ad solvendum novissima; ideo nec ullius eorum æstimatio a debitore exigenda, qui nullo eorum solvere cogebatur. Quæ autem tempora consequuntur, omnia sunt ejusmodi, quibus jam debitor solvere non possit, quo liberetur; non enim alia de caussa dicitur novissimum seu ultimum solvendi tempus, quam quod alia ad solvendum non sequuntur. Porro novissima solvendi tempora duo sunt; dies constitutus, et tempus litis contestatæ. Diem constitutum, in eo numero a Celso haberi ex ejus responso constat, de eo enim ex facto quærebatur; et est hujusmodi ex proposito et cogitatione contrahentium, ejus enim diei utilitas conventione quærebatur. Tempus autem litis contestatæ ideo novissi-

mum est solvendi tempus, quia usque ad id
tempus moram purgare licet offerendo; po-
stea non licet, *l. si insulam infr. de verb.
obl.*; quorum de utroque plura ad *d. L. si
Calendis*, scripsimus. Superiori igitur defi-
nitioni consequens est, ut hæc ipsa duo tem-
pora, in re æstimanda spectanda esse dicamus,
7 et sola spectanda: quod fit hoc loco. † Ex
his apparet quid judicandum sit de inter-
pretatione Accursii et Bartoli ad hunc lo-
cum et similes, qui eorum hanc sententiam
esse dixerunt, vini æstimationem crescere
post moram; seu vinum tanti æstimandum
esse, quanti plurimi fuit a tempore moræ
usque ad rem judicatam, ut tempus etiam
rei judicandæ includatur. Quæ sententia,
usque adeo est huic responso contraria, ut
non tam ad interpretationem eorum quæ
hic scripta sunt, quam ad certam reprehen-
sionem juris auctorum qui illa scripserunt,
excogitata videatur. Julianus ait, sine con-
ventione, unum tempus esse ex quo vinum
æstimetur; illi infinita, prout quoque tem-
pore res erit plurimi. Julianus certum tem-
pus dicit quod spectetur, nimirum litis con-
testatæ; illi negant hoc tempus esse spe-
ctandum, si alio tempore pluris res fuit. Ju-
lianus simpliciter ait, tempus litis contestatæ
spectandum: illi addunt conditionem, si mo-
do eo tempore vinum plurimi fuerit; neque
vident, si hæc conditio intelligenda est, eo-
dem modo dici potuisse tempus rei judicatæ
spectandum esse, aut tempus moræ, aut
quodvis aliud; quia quovis posito, statim in-
telligeremus eamdem conditionem, si modo,
eo tempore vinum plurimi fuisset. Julianus
duo tempora hic enumerat, quorum æsti-
matio spectetur: illi dicunt stultum esse
Julianum, qui uno verbo rem explicare po-
tuerit, ut diceret, rem æstimandam esse ex
eo tempore quo vinum plurimi fuit post mo-
ram. In qua interpretatione cum tam multa
peccata sint, tamque animadvertenda; om-
nia concurrunt, cur ea magnopere rejicere
debeamus. Sed verba veterum retinentibus
nobis, incurrit definitio hujus loci in va-
rias reprehensiones, in quibus amoliendis
magnam difficultatem esse scio. Ita et alii
loci, iique varii, et rei æquitas stare ad-
versus eam sententiam videntur. Et fateor,
qui ea quæ contra dicuntur, recte expedi-
re posset, lectum a me esse neminem. Nec
dubium est quin ea difficultate impediti,
tam multi in contrariam sententiam tran-
sierint. Non enim erant tam supini, ut quid
hic scriptum esset, non attenderent; aut
tam imperiti, ut significationem verborum
alioqui usitatorum, et respondentium, mo-
rem, qui de quæstione respondere solent,
non intelligerent. Sed cum ut dixi, contra-
riorum locorum et contrariæ æquitatis spe-
cie tenerentur, qua se expedire non potue-
rant; maluerunt, contemptis verbis hujus
loci et similium, eam sententiam affingere
Juliano quam esse aliorum locorum puta-
bant; quam verbis inhærentes, sententiam
et æquitatem opinione sua certam amitte-
re? Ego autem spero me planum facturum,
nihil esse in ratione æquitatis aut alio-
rum locorum juris, quod adversus distin-
ctionem hujus loci, et eam sententiam
quam supra posuimus, sit nobis metuen-
dum: totam denique et juris et æquitatis
rationibus quam maxime convenire. Quo-
niam autem iis locis quibus oppugnatur hæc
distinctio, non unum statuitur tempus di-
versum ab his quæ hic definiuntur, sed
in locis illis hæc varietas occurrit, ut aliis
videatur statui tempus contractus cujus æ-
stimatio sumatur; aliis tempus moræ; aliis
id omne quo res plurimi fuit post litem
contestatam; aliis tempus rei judicatæ seu
condemnationis (qua in varietate et repu-
gnantia, non magis illi cum hoc loco, quam
ipsi inter se dissidere et sese mutuo con-
fodere videntur); sic, puto, commode res
tota explicabitur, si in his diluendis sequa-
mur ordinem eorum temporum quæ pro-
posui, et quid pro singulis contra afferatur
consideremus; quod jam faciam, ac de sin-
gulis ordine respondebo. † Primum igitur 8
negamus, cum vinum petitum est et æsti-
matio jure præstanda est, æstimationem fa-
ciendam esse ejus temporis quo res con-
tracta est, seu quo vinum datum est. At
de eo etiam fere inter omnes convenit.

Sed tamen hic quidam loci nos mo-
rantur, qui ad ejus temporis æstimationem
revocare rem videntur. Hi sunt numero sex,
quorum de tribus prioribus facilior respon-
sio est; de tribus reliquis non ita expedita.
Primus locus est in *L. 3, supr. eod.*; quod
enim illic traditur, vinum datum reddën-
dum esse eadem bonitate qua datum est,
hoc efficere videtur ut reddi etiam debeat
eadem æstimatione. Sed nihil minus quam
hoc ex illo efficitur, continenturque ista
rationibus non tantum dissimilibus inter
se, sed etiam contrariis; quod quia expedivi
pluribus et, ut mihi videtur, dilucide ad *L.
3. supr.*; ideo hic summam tantum perstrin-
gam, quæ ad veram responsionem sit satis.
Vinum reddendum est eadem bonitate qua
datum est, quia una cum vino etiam bo-
nitas data est; inest enim hæc in re natu-
ra, nec potest ab ea separari; ex mutuo

autem id reddi debet quod datum est. Contraria de caussa, vinum eadem æstimatione reddi non debet, quia vinum datum est, non æstimatio; quippe æstimatio rei extra rem est; tantumque abest ut bonitatis rei pars sit, ut ne ex bonitate quidem rei nascatur. Augentur enim minuunturque istius generis rerum pretia, non tam et bonitate, quam ex earum rerum copia aut inopia. Porro, ut ex mutuo reddi debet quod datum est, ita non debet quod datum non fuit, etiam si videatur id fieri cum aliquo incommodo creditoris; id enim actum est, ut *d. L.* 3. exposuimus.

9 Secundus in eamdem sententiam ✝ locus est *L. fundum, infr. de nov.*, ubi, si quis stipulatus sit quanti est fundus Tusculanus, placet non solum æstimationem fundi deberi, de quo constabat; sed etiam, si fundo meliore aut detriore postea facto agatur, et quæratur cujus temporis æstimatio sequenda sit; eam sequendam quæ hujus stipulationis tempore fuit. Nec quisquam dicat, illic æstimationem ipsam deberi, ut quæ sola in obligationem deducta sit; nos de ea obligatione agere in qua vinum debeatur, non vini æstimatio: nam, etsi, cum vinum mutuo datum est, aperta conventione nihil aliud debetur quam vinum; id agitur ut vini etiam æstimatio debeatur, si id quandoque suo tempore non præstetur; alioqui nec æstimatio unquam in condemnationem deduceretur: quod contra fieri hic responsum est. Quid autem refert quomodo debeatur æstimatio rei mutuo datæ, si modo ex mutui caussa debetur? Fatendum est nihil referre ut debeatur; sed ut alia atque alia debeatur, inter apertam obscuramque voluntatem contrahentium multum interest. In aperta voluntate, ubique id sequimur quod verbis expressum est, nec adversus rem manifestam conjecturas quærimus. *L. cum in Calendis, infr. de ver. obl. L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur.* Itaque, etsi in mutuo ita convenisset ut, si sua die vinum non redderetur, præstaretur ea æstimatio quæ fuisset tunc cum vinum mutuo dabatur, hanc conventionem sequeremur. Non mirum igitur, si ex hac regula placet in supra scripta stipulatione æstimationem deberi, quæ fuit tempore stipulationis: hæc enim sola in stipulationem nominatim deducta erat; quoniam hæc verba *quanti fundus est*, non solum æstimationem significant, sed etiam ad ejus temporis quo stipulatio fit, æstimationem referuntur. At, cum vinum datum est, etsi de ejus æstimatione aliquando præstanda actum est, tamen tacite id fit; cum verbis nihil amplius continetur, quam ut vinum reddatur. In obscura voluntate, id sequimur quod credibile est actum esse, idest sensisse contrahentes, *d. L. cum qui Calendis, de ver. obl. L. cum in testamento, infr. de reb. dub.* Creditum est autem id agi ut, si dies adjectus sit quo vinum redderetur, ejus temporis vinum redderetur; aut, eo non reddito, ejus temporis æstimatio: nullo autem die adjecto, ut redderetur vinum quo tempore id judicio petitur; sin minus, ut ejus temporis æstimatio præstaretur.

Tertius locus ✝ affinis superiori est, *L. hominem, infr. mand.*, ubi, si fidejussor hominis certi eum hominem solverit pro debitore; placet Africano, cum mandati agatur, æstimationem ejus ad id potius tempus quo solutus sit, non quo agatur, referri debere; proinde ad tempus contractus, non litis contestatæ: nam *cum agitur* valet, cum lis contestatur seu judicium accipitur, ut hic. Quo autem tempore homo promissus, solutus est a fidejussore, id tempus est quo obligatio mandati contraria inter fidejussorem et debitorem contracta est; tunc enim incipit debitur fidejussori teneri, cum fidejussor pro eo solvit: sine magna caussa, non ante, *L. si pro ea, C. man.* Sed et hic locus, ut superiori similis, ita plane eamdem rationem habet. In istam enim obligationem mandati venit non homo solutus, sed jam ab initio ejus æstimatio, quam propterea perpetuo deberi et peti posse ibidem scriptum est, quamvis homo solutus mortuus fuerit: quod fieri non posset, si homo in obligatione esset, ac propter hominem debitum peteretur æstimatio, *L. quod te, supr. hic.* Ideo autem reus principalis hominem a fidejussore solutum fidejussori non debet, quia fidejussor, creditori eum solvendo, aperte id egit ut apud eum maneret, *L. qui se solvit, infr. de solut.*, ergo non ut ab eo repeteret, multoque minus a debitore cui ipse nihil dedit, et quem eo facto præcipue liberatum voluit. Ita, si quid debetur fidejussori ejus solutionis nomine, necesse est rei solutæ æstimationem deberi; quod et actum est. Sed, ut dixi, in his tribus locis minus laboratur, qui, ut apparet, in dissimili re versantur. Qui sequuntur, plus difficultatis habent omnino; sunt enim et de re ipsa in obligationem deducta scripti, non de rei æstimatione, et verbis præterea de æstimatione facienda ita concepti, ut videantur aperte æstimationem ad id tempus revocare, quo res contracta est.

Quartus ergo ✝ locus vicinus superiori- 11

bus est *L. cum quis*, infr. de obl. et act. *Cum quis*, inquit Africanus, *in diem mercem stipulatus, fidejussorem accepit, ejus temporis æstimatio præstanda est, quo satis acceperit.* Atqui id tempus quo creditor satis accepit, est id tempus quo fidejussor se ei stipulatione pro reo obligavit, idest quo eum creditore contraxit; ita vult Africanus, adversus fidejussorem, æstimationem ejus temporis spectandam esse, quo res cum illo contracta est; quod negamus. Nec dubium est quin, cum mercem nominat, vinum, oleum, frumentum et res similes intelligat; hoc enim verbo hæ res appellantur in *L. ult. infr. de cond. trit.*; de vino autem debito æstimando nunc agimus. Et negandum non est, hæc verba *quo satis acceperit*, ex significatione verborum et usu loquendi recte referri posse ad id tempus quo fidejussor fidem suam interposuit stipulanti promittendo; tunc enim vere creditor satis accepit: sed possunt sic quoque accipi, ut exaudiatur id tempus quo se soluturum fidejussor promisit. Ambigua enim hæc oratio est, eoque sermone utrumque tempus significatur et maxime posterius; similiter ut, cum dicimus eum locum spectari quo contractum est, eum locum intelligimus, non quo negotium gestum est, sed quo pecunia ex conventione solvi debuit, *L. 3. infr. de reb. auct. jud. poss.*, *L. contraxisse, infr. de obl. et act.* In ambiguo sermone non utrumque dicit qui scribit, sed id solum quod voluit, *L. 3. infr. de reb. dub.*; utrum igitur sensisse Africanum intelligimus? nempe quod prudentiæ ejus convenit, et quod in ambigua ratione legis accipere jubemur, idest quod vitio caret, *L. in ambigua, supr. de legib.* Atqui, si ea verba *quo satis acceperit* sic interpretamur, quo fidejussio interposita est, vitiosissima sententia efficitur; non quia huic loco repugnans, sed quia notissimis regulis fidejussoriæ obligationis, et certæ naturæ accessionis adversatur. Quid enim, si quo die fidejussor ante diem principalis obligationis acceptus est, merx pluris fuit quam eum principalis obligationis dies venit? consequens erit Africani sententiæ, fidejussorem in majorem summam teneri quam reum principalem; quod aperte falsum est, et natura accessionis non recipit, *L. Græce, §. illud, infr. de fid.*, *§. fidejussores, Inst. eod.*; idemque eveniet, si, postquam dies principalis obligationis venit, fidejussor ita intervenit ut, quo tempore is dies venit, minor fuerit æstimatio mercis quam eum fidejussor se obligavit; atque hujus temporis æstimatio a fidejussore præstanda est. Quod si contra, hæc verba *quo satis acceperit* sic accipimus, ut significetur id tempus quo, ut merx solveretur, fidejussor se obligavit, ut velit Africanus ejus temporis æstimationem esse præstandam; omnia sunt in ea sententia, et distinctioni hujus loci, et naturæ obligationis fidejussoriæ consentanea, idest rectæ rationi et prudentiæ Africani convenientia. Sic enim de fidejussore respondendo vi ipsa hæc dicere intelligitur: Primum, fidejussorem simpliciter acceptum, in eam diem in quam reus promisit, in eamdemque caussam acceptum videri; deinde, merce ad diem non soluta, condemnari reum in æstimationem ejus temporis: quæ sententia est veterum, hic tradita. Hinc fieri quod illic responsum est, ut fidejussor qui ejus obligationis accessio est et eodem jure utitur, in hujus ipsius temporis æstimationem condemnari debeat: quæ omnia sunt ex certo jure civili. Quare isto modo responsum Africani accipiendum est, ut recte Azo et hunc secutus Accursius acceperunt; quo sensu non offenditur quod hic traditur, sed maxime confirmatur.

Quintus † locus ad eamdem rationem pertinens est *L. 3. §. ult. infr. de act. empt.*, ubi diserte scriptum est: *si per venditorem vini mora facta sit quominus vinum traderet, condemnari eum oportere quanti vinum fuit eo tempore, quo venit, si eo tempore pluris fuit, quam quo lis in condemnationem deducitur.* Quo *vinum venit*, inquit Pomponius, idest quo vinum venditum est. Id autem sic interpretandum omnino videtur, quo venditio contracta est; vendere enim vinum, et venditionem vini contrahere idem valent. Sed ne hoc modo accipiamus, quod tamen vulgo fecerunt, diligenter cavendum est. Si enim illic, in vino vendito æstimando tempus contractus spectari volumus, alterutrum dici necesse est; aut ideo id fieri, quia in bonæ fidei judiciis hoc ita observatur, qualis est venditio, diversum autem in strictis judiciis, quale est mutuum; aut quia in specie illic proposita, mora a venditore facta erat jam a principio eum vinum vendebat. In bonæ fidei judiciis cur spectetur potius tempus contractus, quam id quo res vendita ex conventione tradi debuit, aut tempus litis contestatæ, neque ratio reddi potest, et quominus etiam id fiat, ipsa judiciorum natura refragatur; nam, si quo in genere contractus dies constitutus observandus est ex conventione, id præcipue in bonæ fidei judiciis faciendum est: quia nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari quod inter contrahentes actum est, *L. ex empto, infr. de act. empt.*; dies autem solutioni cum dictus est, ad ejus diei utilitatem co- 12

gitationem retulisse contrahentes manifestum est, arg. in *l*. 3. *in pr. infr. de eo quod cer. loc.* Et quid. si pluris vinum fuit eo tempore quo tradi debuit, aut pluris tempore litis contestatæ, quam cum venditum est; nonne erit contra bonam fidem et eorum judiciorum æquitatem, spectari potius æstimationem ejus temporis quo res contracta est, cum injuria emptoris? Tum autem in *L. ult. infr. de cond. trit.* generalis hæc definitio est, non ad unam speciem contractus, sed ad omnes pertinens: *si meræ aliqua quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum frumentum; tanti litem æstimandam, quanti fuisset eo die quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc cum judicium acciperetur.* Jam vero, etsi maxime in aliis contractibus omnibus æstimationem ejus temporis sumere liceret, quo res contracta est; tamen in venditione de qua agitur, id facere non licet. In hac enim proprie hoc servatur ut, simul atque contracta est, uti commodum omne, sic incommodum et periculum rei a venditore in emptorem transeat; ut, si res postea aut deterior facta sit, aut minoris esse cœperit, emptoris hoc damnum sit, non venditoris. §. *cum autem, Inst. de empt. et ven. L.* 1. *infr. de per. et com. rei vend.*: quod contra evenire necesse est, si, vino deteriore aut viliore postea facto, placet venditorem æstimationem præsentis temporis præstare debere. An ergo potius in suprascripta specie *L.* 3. §. *ult. de act. empt.* ideo dicemus spectari æstimationem ejus temporis, quo res contracta est, quia eodem tempore jam a principio mora facta erat a venditore? Sed primum, unde id factum colligitur? Dicitur per venditorem vini mora fuisse quominus traderet. Ideone factam ab eo intelligimus cum vinum venderet? At potuit postea facere, et multo post; neque vero statim facere potest aut solet, non enim statim vinum petitur; et quamvis peteretur, tamen aliquod tempus intervenire oportet, intra quod vinum expediri possit: quod priusquam prætererit, nec vinum peti, nec venditor moram facere videri potest, §. *ult. Inst. de inut. stip. L. sciendum, infr. de usur. L. nulla, infr. de reg. jur.* Itaque ita est, etsi venditor statim pretium accepisset; quod enim actor id numeravit, non facit ut ideo citius sibi vinum tradi velit, aut ut venditor possit citius quam per rerum naturam conceditur. Nec quia vinum statim non traditur, ea res damnosa est emptori, ad quem statim a principio commodum omne rei venditæ pertinet, quandocumque ei res tradatur. Ac demus etiam in ea specie, moram jam a principio a venditore factam esse, ut illic idem sit contractus tempus et moræ; non ideo tamen tempus contractus illic spectandum esse dixeris propter moram: non enim magis in vino vendito quod mora facta petitur, æstimatio ad tempus moræ revocanda est, quam in vino mutuo dato, ut in ratione hujus temporis explicanda postea ostendemus. Quid ergo est? Recte Dynus et Petrus, quorum sententiam Bartolus refert, qui hæc verba *quo vinum venit* sic acceperunt, ut sit, quo vinum ex venditione tradi debuit. Neque enim concedendum est Bartolo hanc esse quandam divinationem. Interpretatio non tantum ex usu juris petita est, sed etiam ex eo ipso responso Pomponii non obscure sumitur. Jam supra dixi locum quo contractum est, etiam eum intelligi solere in usu juris, ubi pecunia solvi debet, *L.* 3. *infr. de reb. auct. jud. pos.*; consentaneum igitur, et tempus quo contractum est seu quo res venit, sic recte accipi, quo res solvi debuit. Sed parum hoc sit, nisi liqueat Pomponium id ipsum sentire; comparat enim tempus quo vinum venit, cum loco quo vinum venit, his verbis: *condemnari venditorem oportet utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur; item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur.* At locum quo vinum venit, postea interpretatur locum quo vinum tradi debuit; sequitur enim paulo post: *item non oportet* (supple tantum) *ejus loci pretia spectari in quo agatur, sed ejus ubi vina tradi oportet.* Quare et tempus, quo vinum venit, eodem modo interpretari debemus; alioqui pessime compararetur locus quo vinum tradi debuit, cum tempore, non quo item vinum tradi debuit, sed quo venditio facta est: nam, si nec tempus ipsum quo vinum tradi debuit, cum alio tempore quo venditio facta est, recte comparatur; quanto minus recte conferentur inter se locus et tempus, si, præterquam quod re hæc diversa sunt, etiam qualitatis dissimilitudo hæc accedat, ut locus sit is quo venditio facta est, non quo vinum tradi debuit; tempus autem, id quo vinum tradi debuit, non quo venditio contracta est? Hactenus ergo is locus cum hoc loco congruit.

Sextus † locus restat liquido, ut videtur, 13
æstimationem ejus temporis quo res contracta est, statuens, *L. quoties in diem*, 59. rum *L. seq. infr. de ver. ob.* Illic traditur: *Quoties in diem, vel sub conditione,* vel certo loco qui tacite diem habet, *oleum dari quis stipulatur, ejus æstimationem eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit; tunc enim ab eo peti posse.* His verbis conti-

netur, etsi quis pure oleum sit stipulatus, ejus temporis æstimationem spectari oportere, quo stipulatio contracta est: nam et tunc cum dies non adjicitur, statim dies obligationis venit, et statim pecunia peti potest. §. *omnis, Inst. de ver. ob. L. cum qui Calendis*, §. 1, *infr. eod.* Nec dubito quin id ipsum colligatur omnino, et eadem ratione qua prius illud, recte dicatur. Quo posito, difficile est statuere, an quidquam videri possit apertius pro æstimatione temporis contractus adversus distinctionem hujus loci. Sed quis esset sensus illius loci, in ejus explicatione pluribus ostendimus. Ex quo etiam poterit intelligi, quam nihil huic distinctioni quam tractamus, adversetur. Summa autem hæc est: Quod illic dicitur, *æstimationem ejus temporis spectari oportere, quo dies obligationis venit, seu cum peti potest*, non sic accipiendum esse, quasi æstimatio spectanda sit ejus temporis quo primum dies obligationis venit, aut cum primum peti potest; sed ut intelligatur indefinite dictum, cum peti potest, uti et verba concepta sunt: ut sit sensus, cum oleum in diem aut sub conditione promissum est, et dies venit aut conditio exstitit; si de æstimatione agatur in quam reum condemnari oporteat, quæraturque in cujus temporis æstimationem: nunquam debere spectari æstimationem præcedentium temporum quibus nondum dies venerat, et quibus nondum peti poterat, sed solum ejus quo peti potest; id est ejus quod diem constitutum, et conditionem impletam secutum est. Num ergo et hujus temporis ita æstimatio spectanda est, ut spectari possit cujuslibet quo peti potest? Non efficitur hoc superioribus verbis: satis est enim, ex his temporibus quibus agi potest, alicujus æstimationem fieri, ut dici possit, fieri æstimationem ejus temporis quo agi potest. Et certe, omnium temporum quibus agi potuit, æstimationem dicere esse spectandam absurdum est, cum natura plus uno sequi non possimus: unius ergo, ex omnibus æstimationem faciendam esse, et ejus quod certum sit, intelligere debemus. Restat ut quæramus, cujus potissimum. Id illic prætermissum, definiendum est ex hoc loco. Et certe, non aliunde melius aut certius ejus rei explicationem sumere possumus, quam ab eodem auctore. Est autem et illius responsi et hujus quod interpretamur, idem auctor Julianus. Neque vero probari potest, optimum auctorem et peritissimum juris, ignorasse quid hic juris esset, et ita ignorasse, ut in eo pugnantia scriberet: sed omnium minime probandum est, id eum fecisse in ea re, de qua exstaret certa sententia Sabini et Cassii ipsi notissima, cum esset ipse Sabinianus, ut testis est Pomponius in *L. 2. in fin. supr. de orig. jur.* Ac de tempore contractus dictum est; et effectum, in vino debito æstimando, quocumque ex genere contractus debeatur, ejus temporis æstimationem faciendam non esse, quo res contracta est.

De tempore † moræ præcipua nobis est 11
cum interpretibus vulgaribus contentio. Hi magno consensu docent, ad hoc tempus referri debere cujusque rei debitæ æstimationem, non ut æstimetur res ex eo tempore solum quo primum mora a debitore facta est, sed ex omni eo quo debitor moram facere perseverabit, si quidem et eo res sit plurimi, ut id spectari creditori expediat, noceat debitori: et in summa, mora facta; ita reum condemnari in æstimationem rei petitæ ut, in æstimatione facienda, spectetur id tempus quo res umquam plurimi fuerit ex quo mora facta est, si modo et eo tempore quod spectari volumus, debitor in mora esse pergat, utpote mora non purgata. Hoc illi si dicerent de re certa seu de tempore certo et specie promissa, veluti Sticho, recte dicerent. Et ipse concedo, in hoc genere, ad tempus moræ redigendam esse æstimationem; ut, quanti plurimi res fuerit postea, tanti lis æstimetur: quæ sententia expressa est in *L. 3. infr. de cond. trit. L. in re* §. 1, *infr. de cond. fur.* Sed quæstio proposita est de vino quod mutuum datum erat, idest de vino quod in genere, non certa specie debebatur. *L. 2. supr. eod.* Ad hoc etiam genus illi definitionem eamdem accommodant; quod nunquam fecissent, reclamantibus tam notis et apertis locis, ut hoc loco et *L. ult. infr. de cond. trit.*, si istarum rerum dissimilitudinem satis percepissent, quam illos fugisse certum est. Nos autem ita constituemus: in vino, oleo, frumento et similibus mercibus, quarum non certa species, sed genus seu quantitas debetur, quocumque ex contractu hæc debeantur, sive is erit bonæ fidei, sive stricti juris: in his, inquam, recipi nec debere nec posse, ut res petita æstimetur quanti plurimi fuit quovis tempore quo mora facta est; sed locum esse definitioni hujus loci, ut ad unum ex his duobus temporibus debeat earum rerum æstimatio referri, aut quo res ex lege contractus solvi debuit, aut quo lis contestata est, si de die nihil convenit. Id videmus, ut expressum sit hoc loco et *d. L. 3. infr. de cond. trit.*, quam efficiatur etiam ex aliis sententiis juris certis, quamque non minus constet ratione juris certa, initio ostendimus. Quod quoniam vulgo in his etiam rebus

non ancipiti aliqua, sed pene explorata sententia contra probaverunt; restat videamus quid tantum esse potuerit, quod tam multus jam olim in contrariam istam sententiam traheret. Ac ne eam, propter ea quæ diximus, statim contemnamus, aut eos qui sequuntur, statim turpis imperitiæ damnemus: fatendum est, proclive admodum fuisse io hac re decipi, nec omnino temere esse quod de tempore moræ ubique æstimando, etiam cum de vino agitur, statuerunt. Quo et illi majore venia digni sunt, et nos diligentius quid hic cavendum sit, ne similiter labamur, attendere debemus. Defenditur autem ea sententia, partim æquitate quæ certis regulis juris de effectu moræ comprehensa est; partim auctoritate certorum locorum, quorum aliis æstimatio rei certæ petitæ ad tempus moræ aperte redigitur, aliis in vino etiam debito redigi videtur: da quibus dicam ordine.

15 De æquitate ergo hujus † juris hæc illorum ratio est: juris regula de mora, atque æquitas hæc est, unicuique moram suam nocere debere, *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur. L. hominem, in fin. infr. mand.* Noceat igitur et hic debitori in vino reddendo moram facienti; ut, si ex tempore quo mora fit, vinum sit plurimi, deinde imminutum sit ejus pretium, id damnum debitor præstet. Atque in eo etiam ita argumentantur: quod, vino soluto, habere potuisset creditor, hoc ei, mora facta, præstari æquissimum est. At, si vinum solutum esset cum extra judicium petitum est, vendidisset creditor, et pretium lucratus esset; ergo, si tum solutum non erit, idest, si debitor in mora fuerit quominus daret; hæc ejus temporis æstimatio creditori præstanda est: confirmaturque hæc sententia pene diserte his locis *L. sterilis, §. cum per venditorem, in fi. infr. de act. em. L. cum res, §. ult. infr. de legat.* 1. Nec ad rem pertinet quod certum non est creditorem, si vinum recepisset, id venditurum fuisse: satis est quod potuit vendere, ut existimetur id facturus fuisse adversus frustratorem. *d. L. cum res, in fin. de legat.* 1. juncta *L. item si verberatum, in fin. supr. de rei vind.* Quod si, postulante creditore, præstanda est æstimatio ejus temporis quo vinum petitum est propter moram; consequens est, si vini æstimatio postea creverit, ejus potissimum temporis quo res plurimi fuit, rationem haberi oportere, quoniam et eo tempore debitor maxime moram facit; hac enim semel facta, quo diutius cessat debitor, eo magis moram auget, non minuit.

Hoc loco, de moræ potestate, nostra hæc defensio est: non si mora sua unicuique nocere debet (qua sententia nihil potest dici æquius), ideo ejus temporis quo mora per debitorem facta est, æstimationem esse præstandam. † Male enim accipitur regula juris, si ita accipitur, quasi mora debitori in omni re nocere debeat: alioqui, mora facta, debitor quidvis præstare cogatur, puta pœnam ingentem quam non promisit, aut res alias quaslibet quas creditori, pro eo quod ante debebatur, visum erit petere: quod neque veteres senserunt, neque regula significat, et per se est iniquissimum. Qua in re ergo mora nocet? in re debita nimirum, ut, quam rem quisque debuit eum ab illo petita est, hanc ille, mora facta, perpetuo ita debeat, ut nullo interitu ejus rei, nullo casu quo res deterior aut vilior facta est, liberetur, quominus qualis res post moram aliquando fuit, talem debeat præstare; aut, si rem non potest, debeat ejus æstimationem. Hanc esse sententiam ejus regulæ, declaratur illa altera qua dictum est, culpam, cujus species est mora, perpetuare obligationem, *L. si servus, §. sequitur, infr. de ver. ob.*; id enim significat, mora retineri eam obligationem quæ fuerat, non induci novam, *L. si libertus moram, infr. de oper lib.* Et sane certis modis nascitur quæque obligatio; proinde et certis deberi quidque incipit: in quibus, cum constet non esse moram debitori, ineptum sit putare quidquam propter moram a debitore præstandum esse, quod prius debitum non fuerit. Quo intellecto, ipsa jam regula adversus illos pro nobis facere reperietur. Dicemus enim hoc modo: in re debita debitori sua mora nocet, non etiam in ea quæ debita non fuit; ergo, in æstimatione vini quæ fuit tempore moræ, si nihil amplius interveniat quam mora, non nocebit; quoniam nec vinum ejus temporis debebatur magis quam alterius temporis; multo vero minus propter vinum æstimatio. At enim æquum est, quod creditor re accepta habere potuisset, id ei, mora facta præstari. Hoc ita esse, ex his quæ modo diximus intelligendum est, si etiam debitum fuerit, aut rei debitæ æstimatio. Quod si horum alterutrum non erit, non ideo mora facta debebitur. Argumento sunt certissimo fructus rei debitæ: si quam enim accessionem rei petitæ præstari æquum est, illam æquum est, quæ ex re ipsa nascitur, in quo genere sunt fructus; unde, et cum accessiones præstari placet, fructus rei in hoc numero præcipuum locum obtinent, *L. 1. §. ex die, infr. Unde vi.* † Constat tamen, si 17

quid debeatur ex stipulatione, et generaliter id quod creditoris non fuit, quamvis mora a debitore facta sit, tamen fructus non esse præstandos, *L. videamus*, §. *si actionem*, *infr. de usur.*, non alia id quidem de caussa, quam quod, re aliqua in obligationem deducta, ipsa res debetur, non fructus; cujus rei rationem exposui ad *L. si filiusfamilias*, §. *ult. infr. de ver. ob.* Si post moram non præstantur; quanto minus vini æstimatio præstanda est, si erit ejus vini quod non debebatur? nam, ut maxime non debeantur fructus, rei tamen debitæ fructus sunt, et inde, ut dixi, percipiuntur; pretium rei ex re non percipitur, sed creditoris negotiatione, *L. venditor hominis*, illic, *pretium enim hominis, infr. de her. vel act. ven.* Quid ergo fiet, si æstimatio petetur ea quæ rei debitæ fuit? Atqui jam docui, vino mutuo dato aut promisso, non deberi id vinum quod fuit, cum extra judicium petitur; quo fit ut nec ejus temporis æstimatio propter vinum possit deberi, eoque nec in condemnationem venire. Non est his contrarium quod scriptum est in *d. L. cum res*, §. *ult. infr. de legat.* 1, re legata post moram perempta, pretium saltem deberi; hoc enim de pretio rei debitæ dictum est, quam rem post moram semper præstari debere non negamus; et quia præstari non potest, deberi æstimationem, *L. in re furtiva, infr. de cond. fur.* Sed et quod dicitur in *d. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *infr. de act. em.*, etiam in vino vendito, si mora per venditorem facta sit, æstimationem præstari, si vinum hodie pluris sit; non significat eam deberi quæ maxima fuit ex quo mora est, sed quæ fuit tempore litis contestatæ: de quo mox plura. Ac de æquitate contrariæ sententiæ dictum est.

Venio ad eos locos, quibus illa confirmatur. In quibus illi primum nobis opponuntur, quibus traditum est, si quæratur cujus temporis res petita recipiat æstimationem, id tempus spectandum quo res unquam plurimi fuit post moram. Diserte hoc scriptum est in *L. in re*, § 1. *infr. de cond. fur.*, scriptum quidem in condictione furtiva adversus furem; sed nihil hoc ad defensionem, ut dicatur hic statui aliquid quod sit proprium furis in odium furum, ut et alia pleraque, §. *sic itaque, Inst. de act.*; cum enim superius illud scriptum sit, nominatim ratione adjecta, non quia agatur adversus furem, sed quia fur perpetuo moram facere videatur; ratio hæc satis ostendit sententiam ad omnes pertinere, qui moram in re debita fecerunt. Sed, ne in hoc loco hæreamus, eadem sententia adversus omnem debitorem generaliter expressa est in *L.* 3, *infr.* de cond. trit. *In hac actione*, inquit Ulpianus, triticiariam actionem intelligens, *si res petita post moram deterior facta sit, etiam ejus æstimatio habenda est, quanto deterior res facta sit*: et generaliter in his omnibus quæ ante dixerat, *post moram, ad tempus moræ reducenda erit æstimatio.* Ait *in hac actione* triticiaria: hæc autem ex omni caussa competit, præterquam si ex ea petatur pecunia numerata, *L.* 1. *infr. de cond. tri.* Et de his duobus locis, et si qui sunt similes, nobis hoc responsum sit: pertinere quidam hos ad omnem debitorem qui moram fecerit; exprimere præterea hanc sententiam, ut, quanti unquam plurimi res fuit post moram, tanti debeat æstimari; sed diligenter observandum esse, quod de re ita æstimanda in utroque dicitur, de re et specie certa debita (veluti Sticho) dictum esse. In *L. in re*, §. 1. *de con. fur.* de re furtiva agitur; genus furto auferri non potest, sed quidquid contrectatur et aufertur, id rem certam et certum corpus esse necesse est. In *L.* 3. *de cond. trit.* primis verbis, videri potest quæstio referri ad omnes res debitas, etiam quæ generaliter debeantur, ut vinum, oleum, frumentum; sic enim verba sunt: *In hac actione si quæratur;* per hanc autem actionem (triticiaria enim intelligitur) generaliter res omnes peti possunt, si quæ sint præter pecuniam, sive pondere sive mensura constent, ut traditur in *d. L.* 1. *eod.* Sed ex illa infinitate rerum quæ ea actione peti possunt, aperte sequentibus verbis revocatur res ad certam speciem petitam, cum in definitione æstimationis quæ subjicitur, adjicitur hæc conditio *si res petita perierit aut si facta sit deterior.* Horum enim utrumque de re solum certa dici potest: in eam quæ generaliter debebatur, eoque incerta sit, non cadit, *L. in ratione*, §. *incertæ*, *infr. ad leg. Falcid.* Hoc illud est quod supra attigi: res certa si debeatur, ut Stichus, quanticumque unquam ea fuerit post moram, tanti æstimanda est. Res incerta, ut vinum, oleum, frumentum, cujus genus debeatur, ut in mutuo, in ea caussa est ut ex uno hoc tantum tempore æstimari debeat; diei constituti, si quis solutioni dictus est; aut litis contestatæ, si de die nihil dictum est. Et certe dignum est observatione, quod, cum veteres definierunt tempus moræ spectandum esse, semper definitionem conceperunt de re certa debita quæ post moram periisset aut deterior facta esset: cum autem in re aliqua dixerunt diem constitutum esse spectandum, aut tempus litis con-

testatæ, constanter ubique quæstionem posuerunt de vino, oleo, aut frumento, ut hac *L. et L. ult. infr. de cond. trit.* et *L. quoties in diem. infr. de verb. obl.* An temere hoc ab illis tam constanter factum putamus? Prudentiæ illorum non convenit ita existimari; sed potius hæc distinctio rerum tam diligenter observata certo argumento est, quod de his rebus dissimiliter statuerunt, caussam in eo fuisse, quod hæ res in dissimili caussa haberentur. Quod cum ab aliis observatum non sit, aut si est, nihil tamen putarint ad rem facere; mirandum non est si hæc objectio illos vicit. Videbant enim quam esset definitio quibusdam in rebus aperte scripta, quæ rei æstimationem ad tempus moræ redigeret. Quod si inter res debitas nihil interest, consequens fuit ut etiam in vino et cæteris rebus eamdem definitionem admitterent. Sed quæritur differentiæ ratio. Ea vero est in promptu, si quis mecum attendere voluerit; eaque ex iis quæ de mora deque condictione rei generaliter diximus, nullo negotio intelligi potest. Cur ergo res certa si quo tempore plurimi fuit post moram, tanti æstimanda est? quia mora perpetuam facit obligationem: quo autem tempore post moram res certa fuit plurimi, eo etiam tempore debebatur. et uti erat, ita debebatur. Quod res talis debebatur, facit ut necesse tum fuerit aut talem præstari, aut pro re quæ non præstaretur, saltem ejus æstimationem. Quod tunc debitur in mora erat, facit ut, quod tum semel cœpit deberi, id quandocumque res peti aut judicari cœperit, præstari debeat creditori; quia, ut dixi, ejus rei obligationem mora perpetuam fecerit. Cur contra, si vinum debeatur ex mutuo, aut re alia quævis generaliter, non æstimatur quanti vinum fuit, cum extra judicium petitum est, aut alioqui debitor moram facit? non utique quia mora non ubique perpetuet obligationem, si qua obligatio ante fuerit; sed quia nulla hic ejus temporis obligatio est quam mora perpetuam faciat. Jam enim dixi, cum vinum debetur generaliter, id est non hoc aut illud dolium, sed vini dolia tot, nullius temporis vinum deberi, nisi quod conventio certum effecerit aut litis contestatio. Sic ergo recte colligemus: aliorum temporum vinum non debetur, proinde nec debebitur æstimatio eorum temporum; prius enim rem deberi oportet, quam ut propter rem debeatur æstimatio. Nec quidquam referet utrum debitor moram non fecerit, an fecerit eo tempore cujus æstimatio petitur; mora enim obligationem, si qua esset, retinere potuit; novam et eam quæ non esset, inducere non potuit. E diverso, debetur vinum quod fuit eo die cum solvi debuit, aut fuit tempore litis contestatæ; idcirco, quandocumque agetur postea, et in eorum temporum æstimationem reum condemnari oportebit, sive tum res erit plurimi, sive minimi: scilicet ut, quoniam semel horum temporum vinum cœpit deberi, perpetuo id quoque, aut ejus æstimatio debeatur juxta eamdem regulam, quia mora perpetuam fecerit eam obligationem. Ex quibus apparet quam in hac distinctione rerum a veteribus constituta, cum de earum æstimatione quæritur, omnia sint cohærentia inter se, et rectæ rationi ac regulis juris consentanea. Ac de his locis responsum est, quibus aperte dicitur rei petitæ æstimationem ad tempus moræ redigi debere, sed in re certa, non in vino mutuo et similibus rebus generaliter debitis.

Alterum hic nobis opponitur, genus locorum qui de vino quoque ipso quod generaliter debetur, scripti sunt: et ita scripti, quasi etiam in eo æstimatio ejus temporis
spectanda sit, quo mora facta est. † In quam 18
sententiam ad extremum utuntur his locis, *L. si sterilis. §. cum per venditorem, infr. de act. em.* et præterea hoc loco. In §. *cum per venditorem* scribit Paulus: *Cum per venditorem vini aut tritici steterit quominus rem tradat emptorem pretium vini aut tritici consequi*, non etiam eam utilitatem quæ circa rem non consistat: non enim majorem fieri obligationem *quod tardius agitur; quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.* Quod ait, mora a debitore facta, pretium vini præstari, hinc intelligi voluit pretium ejus temporis præstari, quo mora facta est. Quorsum enim proponi moram factam esse, nisi ut in eo de quo quæritur, hoc tempus spectetur? Quod subjicit, crescere obligationem, *si vinum hodie pluris sit*; his vero verbis non dubitant etiam hoc exprimi, post moram crescere vini æstimationem, ut non solum in hac æstimatione facienda spectandum sit id tempus quo primum mora facta est, si creditori expediat; sed etiam sequentia, si his vini æstimatio creverit. Nos videamus ne utrumque non solum non colligatur ex eo loco, sed etiam eo loco refellatur. Paulus ait, emptorem vini pretium consequi, nihil præterea. Non ideo hinc colligas eum consequi pretium ejus temporis quo mora facta est, cum sint alia multa tempora quorum pretium possit præstari; ut, cum id præstitum fuerit, non minus verum sit emptorem pretium rei esse consecutum. Quid si aperte negat tempus moræ hic esse spectandum? et vero negat, cum ait *non fieri*

majorem obligationem, quod tardius agitur: nam, etsi emptor tardius agit post moram venditoris, non eo tamen minus interim venditor in mora est, qui semel eam facere cœperat. Quid ergo attinuit dicere, pretium vini in æstimationem venire, addita conditione *cum per venditorem mora esset quominus daret*, nisi ex eo tempore hæc utilitas in æstimationem venit? moræ venditoris conditio adjecta est quia, prius quam moram fecerit, vinum adversus eum non sit æstimandum; non quia statim in ejus temporis æstimationem damnari debeat. Recte etiam dicetur, non ideo Paulum mentionem moræ fecisse, ut quidquam de ea affirmaret, sed ut quod a quibusdam illi tribuebatur, removeret. Volebant enim, postquam per venditorem stetisset quominus vinum traderet, augeri obligationem venditoris propter moram. Id negat Paulus, ut ratio ab eo subjecta indicat. Denique, tempus moræ ne in vino quidem vendito spectandum esse, aperte declaratur in *L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.*; qui locus, eum in emptione vini quæritur cujus temporis æstimatio facienda sit, in consilium adhibendus est; est enim de eo diserte et ex professo scriptus. Sic autem illic traditur: *si per venditorem vini mora fuerit quominus traderet, condemnari eum oportet utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Quorum neutro significatur id tempus quo primum mora fieri incipit, sed per prius significatur, ut quidem vulgo putant, tempus contractus; ut autem supra nos docuimus, dies quo vinum ex lege venditionis tradi debuit: per posterius autem significatur tempus litis contestatæ, ut postea ostendemus, cum agemus de tempore rei judicatæ. Quod autem amplius ex supra scripto loco Pauli colligi volunt, æstimationem vini crescere post moram, non minus ex ipso loco refellitur, quam superius. Ait quidem Paulus crescere obligationem, *si vinum hodie pluris sit.* Sed illud *hodie*, cum ad id tempus quod prius positum erat, referatur: facile quomodo accipiendum sit, ex præcedentibus intelligitur. Prius hæc verba erant *nec major fit obligatio, quod tardius agitur:* idest judicio agitur, ac proinde quo lis contestatur. Nam hinc judicium initium habet, *L. unic. C. de lit. contest. L. amplius, infr. rem rat. hab.* continenter subjicit, *quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.* Plane hoc *hodie* aliter intelligere non possumus, quam ut sit hoc die quo agitur; ut scilicet demonstretur is dies, seu id tempus, quod proxime præcesserat. Quibus verbis aperte statuitur æstimatio ejus temporis, quo lis contestatur, seu quo judicium accipitur; ut manifestum sit etiam illic eamdem sententiam confirmari, quam hoc loco in vino mutuo relatam videmus. Quod si nihil illic aperte adjectum esset de tempore, cujus æstimatio spectari deberet; tamen quod esset eo loco omissum, intelligeremus aliorum locorum regulis relinqui oportere, *L. præcipimus, in fin. C. de app.* In quibus præter hunc locum est *L. ult. infr. de cond. trit. et L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.*

Superest hic locus, ex quo etiam efficere conantur, in vino ipso mutuo æstimando tempus moræ esse spectandum. Idque dupliciter; primum ex verbis ipsis, quasi et hæc sententia verbis exprimatur: deinde ex eo, quod de die adjecto spectando hic dicitur. † 19
Scribit Julianus; *si dictum non esset, quo tempore vinum reddi deberet, tanti vinum æstimandum quanti fuisset tunc, cum petitum esset.* Generaliter dixit *cum petitum esset.* Ergo non solum quo tempore petitum erit judicio, sed etiam quo petitum erit extra judicium; et generaliter, quo mora facta erit: quandocunque enim interpellatur debitor, ut solvat, dum opportuno loco et tempore, si non solvit, moram facit, *L. mora, infr. de usur.* Sed hoc levius; jam enim supra satis ostendi his verbis non aliam hic petitionem intelligi posse, quam eam, quæ judicio fieret, idest non aliud, quam litis contestationem. Si verbum spectatur; verbo petendi hæc sola petitio proprie significatur, *L. amplius, infr. rem. rat. hab.* Si quæritur sententia; manifestum est Julianum posita quæstione non de tempore cujusvis interpellationis, sed nominatim de tempore litis contestatæ, non de alia petitione, quam de qua interrogatus erat, respondere voluisse. Postremo si quid in ejus responso esset ambigui; tamen cum Sabini sententia, quæ hic refertur, sic aliis locis explicetur, ut aperte dicatur si de die nihil convenit, id tempus esse spectandum, quo judicium accipitur, seu tempus litis contestatæ; quin ex illis hic locus ita interpretandus sit, dubitare non debemus. Sic autem refertur hæc ipsa sententia in *L. ult. infr. de cond. trit. L.* 3. §. *in fin. infr. com.* Sed hoc de his verbis concesso, urgent quod de die constituto hic respondetur. † *Si dictum sit*, inquit Julianus, *quo* 20
tempore vinum redderetur, tanti æstimatio facienda est, quanti tunc fuit. Satis hoc, inquiunt, argumenti est, tanti vinum æstimandum quanti est tunc, cum mora facta est; nam eo tempore, si vinum non solvitur, debitor in mora est, *L. magnam. C. de cont.*

et com. stip. Nec vero ante mora fieri potest. quantumvis ante ut solveret, debitor interpellatus fuerit. *L. lecta*, vers. *sed cum sortis, infr. eod.* Nullum vero hoc argumentum est. Etsi enim cum debitor sua die vinum non solvit, moram facit; non tamen ex eo tempore vinum æstimatur, quia debitor eo tempore moram fecit; sed quia ita convenit, ut eo die solveretur, qua ex conventione quæsitam esse ejus temporis utilitatem intellectum est. Tolle hanc conventionem in aliis temporibus, quæ litem contestatam antecesserunt: consequens est eorum æstimationem non esse spectandam. Idem et de tempore litis contestatæ dicemus. Unumquemque litem contestando moram facere certum est nisi aperte justam caussam habeat, cur ad judicium provocet. *L. nemo*, §. *ult. infr. de verb. obl. L. si quis solutioni, infr de usur.* Ac lite de vino contestata quanti tunc vinum fuit, in tantam æstimationem reus condemnatur; Num ergo quisquis moram facit, ejus temporis, quo moram facit, habita æstimatione condemnandus est? Minime: non enim quia eo tempore mora fit, ideo id tempus in re æstimanda spectatur: sed quia quale quidque est quod in judicium deducitur, tale etiam præstandum est, *d. L. 2, infr. de usur.* Alioqui et insequentium quoque temporum, quibus non minus mora fit, et præcedentium quibus debitor recte interpellatus est, non minus sit æstimatio spectanda; atque ita frustra ad tempus litis contestatæ revocetur, quod sit cum aliis omnibus temporibus commune.

Hactenus ergo nec ex tempore moræ vini æstimationem faciendam esse effectum est, multoque minus tanti æstimandum quanti ab eo tempore plurimi fuerit. † Quid tertium illud, quod litem contestatam sequitur? 21
De eo saltem probandum esse videbitur, ut si per id tempus vinum plurimi fuerit, ejus æstimationem præstari oporteat. Certi enim juris est post litem contestatam, omnem caussam restituendam esse, idest, id omne quod habiturus esset actor, si tempore litis contestandæ res petita soluta esset. *L. cum fructus infr. eod.* unde et fructus, qui ex mora non debentur, placet post judicium; acceptum esse præstandos. *L. videamus*, §. *si actionem, infr. de usur.* Hac sententia effici videtur, si creverit postea vini æstimatio, hanc quoque debere præstari; propterea quod si vinum tempore litis contestatæ solutum esset, id asservasset creditor, deinde vendidisset idoneo tempore, sic pretium ejus temporis esset consecutus. Et hoc quidem in specie seu re certa petita recte dicitur: quoniam si hæc postea non periit, certum est eam omnibus temporibus insequentibus in rerum natura fuisse, ideo et omnibus vendi potuisse, si recepta esset. Unde si quando plurimi fuit, non dico post litem contestatam, sed ex quo primum per debitorem stetit, quominus eam daret, placet reum tanti condemnari, ut ante diximus. At idem in vino petito quod mutuum datum erat, dici non potest. Cum enim hic non certum corpus petatur, sed vinum in genere; perspicuum est rem peti, quæ nusquam appareat in rerum natura, quod tantundem valet, ac si peteretur, quod non exstaret vel eo tempore quo vinum petitur, vel sequentibus, quibus crevit vini æstimatio. In re quæ non exstat, divinare non possumus, an creditor si quam certam speciem initio accepisset, eam deinde asservaturus, esset et habiturus eo tempore, quo vinum pluris fuit. Id quidem futurum fuisse certum non est: eum non minus fieri potuerit, ut desineret habere, quam ut integram servaret. Quinimo frequentius usuvenit, ut creditores qui aliquo tempore vinum acceperunt, id non diu retineant, aut enim vinum corrumpitur, aut acceptum statim consumunt, aut metuentes corruptionem, vel alia pericula, primo quoque tempore vendere solent: nec opportunitate sequentium temporum exspectant, dum hæ quales futuræ sint, ignorant, et cavent, ne male futurus expectando præsentibus et his melioribus excidant. Quod si certum non est creditorem vinum acceptum fuisse servaturum et habiturum postea; ne pretium quidem sequentium temporum eum habiturum fuisse certum est; prius enim his temporibus rem subesse oportet, quam possit quidquam per ea tempora ex re percipi. Sic fit, ut quanti vinum sequentibus temporibus fuit, id in his rebus quas actor vino soluto habere potuisset, numerari non debeat; eoque nec tamquam caussa debeat ei præstari. Quoties enim de utilitate actoris, et eo quod habere potuisset, quæritur: utilitas solum æstimatur ea, quam certo habere potuit, si vellet, non ea, quæ an caperetur, incertum fuit, *L. quemadmodum*, §. *item Labeo. supr. ad leg. Aq.* Denique damnum quod revera inducitur, exigimus, ut loquitur Justiniani constitutio in *L. unica, ver. in aliis, C. de sent. quæ pro eo quod int.* Quare ne hic quidem quidquam affertur, cur ea tempora quæ judicium acceptum sequuntur spectare aliquando debeamus.

Restat † condemnationis tempus seu rei judicatæ. Hoc vero spectandum esse rursum 22

aliis locis prope diserte expressum videtur. Hi tres sunt, *L. 3. infr. de cond. trit. L. 3. §. in hac, infr. com. L. 3. §. ult. infr. de act. empt.* de quibus dicam sigillatim. In *L. 3. infr. de cond. trit.* in principio ita scriptum est: *In condictione triticaria si quæratur, res quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat, verius esse condemnationis tempus spectandum.* Ad eum locum duo sunt in promptu, quæ respondeamus. Prius hoc est, non magis illic dici tempus condemnationis esse spectandum, quam tempus litis contestatæ, quod nunc spectari volumus. Etsi enim verbis ita concepta illa definitio est, ut nihil amplius exprimatur, quam tempus condemnationis spectandum; tamen postea sequentibus membris ita temperatur, ut appareat definitionem illam statui his conditionibus, si et res petita tunc exstet, et ante non sit facta deterior. Corrigitur enim seu temperatur ita postea, nisi aut res petita ante desierit esse in rebus humanis, aut sit ante deterior facta. Quorum temperamentorum prius est in illis verbis; *si vero desierit esse in rebus humanis:* posterius illic, in *utroque autem.* Qui dicit tempus condemnationis esse spectandum, ubi res petita exstat, nec ante deterior facta est; is non minus dicit spectandum esse et tempus litis contestatæ, quo et ipso tempore res eodem statu, et eadem æstimatione fuerit. Sed ideo dicitur condemnationis tempus spectandum; quia cum in re judicanda de æstimatione rei quæratur, facilius sit præsentis ejus temporis æstimationem invenire; nihil autem necesse sit ad alia tempora retro ferri, ubi præsentis æstimatio sufficiat. Altera defensio est, eaque certissima, nec minus faciens ad illius loci explicationem; Etsi quid eo loco traderetur de tempore condemnationis spectando diversum ab eo quod hic traditur; tamen nihil id ad hunc locum pertinere, nec quidquam ei adversari. Meminisse enim oportet ejus, quod jam supra de eodem loco monuimus, agi illic de re certa petita, ut Sticho, qui et possit desinere esse in rebus humanis, et possit deterior fieri. De hoc genere vere dici quanti unquam plurimi res certa fuit post moram, in tantam æstimationem reum condemnari oportere; quia omnibus illis temporibus res debita fuerit, et quia debita, talis quoque præstari debuerit, qualis tum fuit. Huic sententiæ consequens est, in hoc genere tria hæc tempora varie esse spectanda, de quibus illic constituitur, prout hoc aut illo res erit plurimi; tempus condemnationis; tempus quo res petita mortua est; tempus, quo deterior facta est. Sed de totius ejus loci sententia in ejus explicatione dicetur commudius. Nunc hoc satis sit, dicta hæc esse in re certa; quæ quia debetur omnibus temporibus et debetur talis, qualis est, ideo si non præstetur, omnium temporum, quibus plurimi fuit, æstimationem deberi necesse est; proinde et ejus, quo res judicatur, si eo tempore fuit plurimi. Ad vinum quod generaliter debetur, de quo agimus, hæc sententia ut supra dixi non pertinet. Cum enim in hoc genere nullius certi temporis vinum debeatur, præterquam temporis litis contestatæ, quod et ipsum in judicium deductum est, ut supra ostendimus; absurdum est, vinum aliorum temporum, quod nec debeatur, nec in judicium deductum sit, æstimari, ut reus in eam æstimationem condemnetur. Hæc de *L. 3. infr. de cond. trit.* qua parte condemnationis tempus spectandum illi traditur in *L. 3. §. in hac, infr. com.* qui alter erat locus de tempore rei judicandæ spectando in re petita æstimanda, hæc verba sunt; *In hac actione* (intellige commodati, de qua illic agitur) *sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur: et rei judicandæ tempus, quanti res sit, observatur.* Hæc vero sententia, ut videtur, generalis est res omnes complectens, quæ bonæ fidei judicio deberi possunt, et de quarum æstimatione quæritur. Etsi enim institutus est sermo de commodato, in quem contractum non nisi rem certam venire constat; tamen apparet definitionem conceptam esse non solum de commodato, sed nominatim etiam de cæteris bonæ fidei judiciis: quorum ex quibusdam non minus vinum deberi potest, quam ex mutuo; nam vendi posse constat itidem ut mutuo dari. Sed hic facilis quibusdam et expedita responsio esse videbitur, et quidem ea quæ ex eodem ipso loco suppeditetur. Additur enim ibidem hæc correctio: *quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.* Quid autem hinc sumatur aliud, quam re vera ita jus esse in bonæ fidei judiciis, ut in his observetur tempus rei judicandæ; neque tamen id huic loco adversari, quia diversum sit in strictis judiciis, in quibus tempus litis contestatæ spectatur? ac de contractu stricti juris hic agitur, nempe mutuo. Hæc solutio potest satisfacere iis, qui verbis contenti res ipsas non expendunt; idest nec quærunt, quale sit id quod concedunt in bonæ fidei judiciis, cum de re quovis modo æstimanda agitur, rei judicandæ tempus spectari, verumne, an falsum, nec cogitant, si id in bonæ fidei judiciis spectandum est, dici debuisse etiam spectandum esse in strictis judiciis: quia utro-

tiqne id servandum sit, quod æquum est: quod satis est ad hunc locum oppugnandum: idemque in contrarium valere, ut si in strictis judiciis spectandum est tempus litis contestatæ, idque æquum est: necesse sit idem servari et in judiciis bonæ fidei: quia in his præcipue omnia ex bono et æquo æstimentur. *§. in bonæ. Inst. de act.*

23 Ego autem sic † statuo, si in re æstimanda hoc quæratur, non quanti sit jurejurando actoris æstimata, sed quanti sit re vera æstimatione et officio judicis, de qua æstimatione nunc agitur: unam hanc in omnibus judiciis, distinctionem esse servandam: ut si res certa debetur, et petita est, quanti unquam plurimi fuit post moram, in tantam æstimationem ejus condemnari debeat; proinde et quanti est tempore condemnationis si eo tempore est plurimi; neque in eo quidquam referat, fitne bonæ fidei judicium quo agitur, an stricti juris. Sin autem vinum aut aliud genus debetur, et id æstimandum est: non minus in bonæ fidei judiciis, quam in mutuo spectandum sit tempus litis contestatæ, si quo die res solveretur non convenit. In re certa nihil æquius, nihil verius: de quo dicetur pluribus ad *L. 3. infr. de cond. trit.* In vino autem, et similibus mercibus, quarum non species, sed genus debetur, si quæratur cujus temporis æstimatio facienda sit, spectandum esse tempus litis contestatæ in bonæ fidei judiciis æque atque in strictis; ita, credo, plane statui poterit, si statuerimus natura et potestate judicii id aliter fieri non posse. Atqui aliter non potest. Quid est enim natura judicii bonæ fidei quod præstandum sit? utique quod debetur, non id quod non debetur; ejus enim quod debetur, actio est: ejus quod non debetur, nulla. *L. nihil infr. de obl. et act.* At jam docuimus, cum vinum generaliter debetur, solum deberi vinum ejus temporis, quod solutioni dictum est; aut si dictum non est, solum ejus temporis quo lis contestatur. Quare et hujus solum temporis vinum præstandum: aut quia jam non potest, ut tum fuit, reliquum est, ut præstanda sit ejus temporis æstimatio. Quid potestas judicis in bonæ fidei judiciis, quænam est? ut reum convictum condemnet in id quod in judicium deductum est; id autem quod deductum est, ne excedat, *L. ut fundus supr. com. divid.* Jam vero cum vinum in judicio generaliter petitur, ut ejus temporis vinum debetur, ita et ejus temporis vinum in judicium deduci intelligendum est, nec vero potest alius temporis vinum peti, nisi certo die solvi ex conventione debuit. Sed nec dici potest idem vinum esse, et quod est tempore litis contestatæ, et id quod est tempore rei judicandæ; ut quis dicat eadem petitione utriusque temporis vinum in judicium deduci. Re ista distincta sunt, ut temporibus. Singulæ enim species, quæ utroque tempore ex genere præstari possunt (species enim tantum ex genere debentur, licet incertæ, non totum genus) diversæ sunt non tantum numero: sed et qualitate et æstimatione. Proinde prius vinum ut in judicium deductum a judice æstimari pro potestate potest et debet; posterius ut non deductum ad potestatem judicis non pertinet, eoque nec eo judicio præstandum aut æstimandum est. Consideremus præterea, cur in strictis judiciis re in genere petita placeat spectari tempus litis contestatæ: reperiemus supra scriptis de caussis id recipi, atque ita etiam fieri ut iisdem de caussis æquum sit. At valent hæ caussæ non minus in bonæ fidei judiciis. Generis enim promissi ubique eadem potestas est. Et quod de re non præstanda, nisi quæ debita sit, diximus, omnium actionum commune est. Quod item diximus ultra id quod in judicium deductum est, potestatem judicis non excedere, sumptum est ex *d. L. ut fundus, supr. com. divid.* ubi id usurpatur in judicio communi dividundo, quod est bonæ fidei. *§. actionum autem. Inst. de act.* Cur dubitemus igitur in paribus caussis et pari æquitate idem in bonæ fidei judiciis admittere, quorum natura præcipue hanc æquitatem flagitat?

Postremo mihi † dubium non est, quin 24 id ipsum, quod volumus, diserte traditum sit in *L. 3. §. ult. infr. de act. em.* illic scriptum est: *si per venditorem vini mora fuerit quominus vinum traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuerit; vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Quo venit, idest quo ex lege venditionis tradi debuit: ut supra ostendimus, cum de tempore contractus ageremus. *Quo lis in condemnationem deducitur,* sic interpretandum est: quo agitur, seu quo judicium ad futuram condemnationem accipitur ut paulo post pluribus docebimus in objectione diluenda quæ ex his verbis ducitur. Quod si ita est, plane eo loco eorundem temporum æstimatio confirmatur in bonæ fidei judiciis circa vinum debitum, quæ statuitur hoc loco in mutuo circa vinum quod mutuum datum erat. Quod si hoc adhuc obscurius est in *d. §. ult. L. 3. de act. em.* sumamus quod ibidem sequitur: hoc vero attendenti omnem dubitationem eximet. Subjicit enim Pomponius; *quod si per emptorem mo-*

ra fuisset, æstimari oportet pretium, quod sit cum agatur, et quo loco minoris sit. Certum est hæc verba *cum agatur*, significare cum judiciu agatur, seu cum judicium accipiatur et lis contestetur. *L. amplius, infr. rem rat. hab.* Ergo aperte hoc casu dicitur spectandum esse tempus litis contestatæ in vino, etiam vendito æstimando: quod judicio ex empto, proinde et judicio bonæ fidei peti constat. Dices fieri hoc propter emptoris ejusdemque actoris moram; nos autem de eo reo agere qui ipse in mora sit. Et fateor propter emptoris moram fieri, quod non æstimatur vinum, quanti fuit eo tempore, quo ex conventione tradi debuit, si eo tempore oblatum emptor non accepit: quod contra fieret, si ipse venditor in eo tradendo moram fecisset, ut initio §. dictum erat: idque est, quod Pomponius hac oratione disjunctiva, *quod vero*, indicare, et in quo posteriorem emptorem a priore distinguere voluit. At ut hoc die contempto spectetur tempus litis contestatæ, quod superioribus verbis expressum est, non fit propter emptoris moram, quæ tunc cum agit, amplius nulla est; sed jure et ratione communi, ut alioqni fieret si solus venditor ab initio fuisset in mora. Etsi enim emptor ante recusando moram fecit; tamen cum ex pœnitentia vinum postea petit, et accipere paratus est, is in mora esse desinit, et jam venditor solus moram incipit facere; quæ posterior mora tam ei nocet, quam si emptor nunquam fecisset, *L. illud, infr. de*
25 *per. et com. rei ven.* † Quid sibi vult igitur, quod in *d. §. in hac. L. 3. infr. com.* quem locum tractamus, tam aperte dicitur, *in bonæ fidei judiciis, rei judicandæ tempus quanti res sit observari?* Si simpliciter hoc scriptum esset, faterer non liquere rerum cum absolute scriptum non sit; sed ea verba præcedant, quæ rem expediant, si modo animum advertere volumus; incivile est nisi tota definitione perspecta, de una aliqua particula pronunciare vel respondere. *L. incivile, supr. de legib.* Sententia igitur ejus loci sic habet: Prius hæc verba erant: *in commodati actione similiter ut in cæteris bonæ fidei judiciis in litem jurabitur:* Adjicitur continenter; *et rei judicandæ tempus, quanti res sit, observatur;* vel ut in aliis exemplaribus, *ut rei judicandæ tempus, quanti res sit, observetur:* quod est melius: sic enim non perturbatur oratio temporibus, ut cum dicitur, jurabitur et observatur, et oratio ad veram sententiam, quam dicam, propius accedit. Sed sive hoc, sive illud placet; conjunctim totum hoc dictum est, in commodati actione in litem jurari, et rei judicandæ tempus quanti res sit, observari. Quare et conjunctim accipiendum est, ut sit sensus, et tempus rei judicatæ spectari non simpliciter, sed tunc cum in litem jurabitur, quæreturque cujus ex temporis æstimatione actor jurejurando litem æstimare debeat. Hinc duplex defensio. Nam primum hinc apparet dictum id esse de re certa petita: quoniam proprie in bonæ fidei judiciis et similibus non juratur in litem, nisi ob dolum et contumaciam non restituentis, vel non exhibentis, *L. in actionibus, vers. sed in his. L. 1. et 2. infr. de in lit. jur.* Non juratur, nisi ut res dominii aut juris nostri arbitrio nostro potius æstimetur, *L. tutor, supr. de in lit. jur.* Quæ omnia nisi in rem certam petitam non cadunt. Nos de vino et similibus rebus quæ in genere debeantur agimus. Deinde etsi ageretur hic quoque de re certa, tamen in hoc ipso genere rerum æstimando, ad hoc aut illud tempus spectandum multum interest, utrum de vera æstimatione remoto jurejurando quæratur, an de ea, quæ committitur juranti in litem. In hac recte dicitur spectari tempus rei judicandæ; in illa nunquam, quocunque judicio agatur, ac de ea nunc quærimus. Sed quoniam hoc totum ad rem certam pertinet, ferturque potissimum adversus *L. 3. infr. de con. trit.* ideo in eum locum hujus partis explicationem fusiorem rejiciemus.

Restat nobis † locus tertius, nempe *L.* 26
3. *§. ult. infr. de act. em.* cujus verbis diserte tempus rei judicatæ statui videtur, quod spectemus in re petita æstimanda: in judicio quidem ex empto, quod est bonæ fidei: attamen non in re certa vendita, sed in vino de quo hic agimus. Sic autem verba sunt quæ et ante retulimus. *Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.* Illis verbis, *quo venit*, intelligendum esse diximus, tempus quo vinum ex conventione solvi debuit. Esto, dicet aliquis, id tempus illis verbis significari intelligatur. At his verbis, *quo lis in condemnationem deducitur*, quodnam aliud tempus accipere possumus, quam tempus condemnationis, quo fit, ut res petita in condemnationem præsentem deducatur? Res dicitur in judicium deduci, quæ judicio præsenti subjicitur, seu quæ in præsente judicio esse incipit *L. ut fundus, supr. com. divid. L. 1. C. de lit. cont.* Quanam igitur dicatur res deduci in condemnationem, nisi quæ et in condemnatione judicis esse incipit? quod fit, cum judex reum in æstimationem condemnat: nec condemnat, nisi cum

de re judicat. *L. 1. supr. de re jud* Quapropter qui dicit id tempus spectandum, quo res in condemnationem deducitur, is dicit spectandum esse tempus rei judicatæ. Et non nego horum verborum hanc quoque significationem esse posse, si quis modo vim verborum consideret. Sed non minus et his verbis significari solet a juris auctoribus tempus litis contestatæ, idest id tempus, quo res ab actore in futuram condemnationem deducitur, quod fit judicium accipiendo, et litem cum reo contestando. Sic usurpata esse ab Ulpiano hæc verba certum est in *L. 2. in pr. infr.* de exc. *Exceptio est*, inquit Ulpianus, *quæ interponi cujusque rei actioni solet ad excludendum, id quod in intentionem condemnationemve deducitur.* Non solet exceptio interponi re jam disceptata et cognita tunc, cum res judicatur, et reus condemnatur: alioqui sera esset allegatio, quæ condemnationem non impediret: sed ab initio, cum lis contestatur, et eo modo lis in judicium deducitur: ac nisi id fit in strictis judiciis, exceptio postea opponi non potest, *L. præscriptionem. L. si quidem, C. de except.* Nec abs re dicitur res petitione actoris et litis contestatione deduci in condemnationem: deducitur enim eo facto in futuram condemnationem. Nec obstat, quod futura condemnatio non est condemnatio. Sic enim judicium accipiendo deducitur lis reo in futuram condemnationem, ut jam tum præsenti necessitate condemnationis subeundæ obstringatur sub conditione, si convictus fuerit. *L. negantes, C. de obl. et act.* Quæ necessitas facit, ut jam videatur suscipi condemnatio, quam reus, si velit, post judicium acceptum effugere non potest. Qua ratione et judicium accipiendo reus obligationem judicati contrahere dicitur; *L. 3. §. idem scribit, infr. de pecu.* quia exinde sese judicato seu condemnationi subjicere intelligitur; tametsi verum est id fieri sub conditione, si reus condemnatus erit, nec vere ante tenetur, quam sententia et condemnatio secuta fuerit. Videri etiam potest, quod est probabilius, nata esse hæc ratio loquendi ex more judiciorum veterum, in quibus prætor judicem dabat et judicium, idest judicii formulam, qua præscribebat judici, quid in re controversa sequeretur; ad summam autem jubebat judicem condemnare, hoc modo. Si paret Lucium Titium Sempronio decem mutua dedisse, judex condemna. Quibus verbis jam tum rem deducebat in condemnationem judicis dati, idest rem judicis condemnationi subjiciebat. Ergo ut nihil sit aliud: certe ambiguum verbum est, litem in judicium deducere. In ea ambiguitate quid is, qui loquitur, sentiat, spectandum est: non enim utrumque dicit, quod verbum significat, sed quod ipse voluit, *L. 3. infr. de reb. dub.* Non dubium est autem, quin Pomponius in *d. L. 3. §. ult. de act. em.* his verbis *quo lis in condemnationem deducitur*, intelligat id tempus, quo agitur. Primum eum tempore ex quo res æstimanda est, comparat locum, cujus item æstimatio sequenda sit. Locum autem postea aperte eum dicit, quo agitur; ergo et tempus intelligi debet, quo similiter agitur. Sic enim ista ejusdem rationis sunt, et hoc modo recte comparantur: alioqui quam maxima dissimilia, et quæ in hac re nullo modo comparari possunt. Deinde diserte ita scribit paulo post; *si ante judicium per emptorem mora fuisset, æstimari oportet pretium, quod sit, cum agatur.* Nec ad rem pertinet, quod id dicit, cum actor ante in mora fuit. Quisquis enim judicio aliquid petit a debitore, etsi maxime prius fecisset moram; tamen tunc eum agit, purgat moram, et deinceps debitor solus in mora esse incipit, *L. illud, intr. de per. et com. rei ven.* Ut consequens sit, de eo actore post petitionem institutam idem dicendum esse, quod diceremus, si moram prius non fecisset. Vult autem Pomponius in hoc actore pretium æstimari, quod fuit, cum ageretur, idest cum judicium acciperetur, non autem cum reus condemnatur. Ergo nec si prius actor in mora non fuerit, id pretium æstimabitur, quod fuit tempore condemnationis, sed quod fuit, cum ageretur. Distinguere quidem Pomponius voluit in hac æstimatione alterum actorem ab altero, ut indicat adversativa illa oratio, *quod si per emptorem mora fuisset;* sed distinctio est in eo, quod creditore moram non faciente, fit condemnatio utro tempore fuit minoris, de quo mox. Illud constitutum esse debet, non ita hos illic distingui; quasi in unius persona spectetur tempus rei judicatæ, in alterius non spectetur; cum lite semel contestata non magis unus actor moram faciat, quam alter. Et notandum, non dicere Pomponium, condemnari oportere reum, quo tempore plurimi vinum fuit: sed utro tempore pluris vinum fuit ex his duobus, quæ subjicit, et nominatim designat. Quibus verbis aperte declaratur, non ad omnia tempora, quibus res plurimi fuit, æstimationem vini ab eo referri; sed ad hæc duo tantum, quæ exprimit; sic tamen, ut ex his id spectetur, quo vinum pluris fuit. Ita semper vel ex sententia ejus loci, vino petito, intra duo hæc tempora consistitur, etiam tunc, cum reus moram fecit, et bonæ

fidei judicio agitur. Ea sunt autem tempora duo, quæ hic traduntur, ut ostendimus; quo fit, ut vel maxime eodem loco sententia Sabini et Cassii de iisdem temporibus etiam in bonæ fidei judiciis confirmetur. Et certe eo loco Pomponius ad libros Sabini scripsit, ut docet inscriptio capitis. Non est probabile, eum qui tantum Sabino tribuebat, ut ejus libros interpretaretur, in hac parte Sabini sententiam infirmare voluisse, quæ ab aliis veteribus, etiam qui non ita ad Sabinum scribebant, tanto consensu recepta erat: hanc enim generalem fuisse intelligere possumus ex *L. ult. infr. de cond. trit.* Hactenus satis ostendisse mihi videor, quæ tempora hic removeri diximus, quorum non placeat spectari æstimationem in vino et similibus mercibus, recte omnia removeri: nec quidquam adferri ex aliis locis, quo probetur ullum ex his esse spectandum. Quibus remotis, quæ relinquantur, apparet; nempe sola hæc duo restant omnino, quorum æstimationem in eo genere rerum spectare oporteat, quæ et ipsa sola hic definiri videmus; dies constitutus, at tempus litis contestatæ. De quibus tamen quid hic statuatur, amplius considerandum est: neque enim verba, uti scripta sunt, ita generaliter, et sine exceptione accipienda sunt. Alioqui non uno modo futurum est, ut definitio falsa, aut iniqua et aliis locis contraria reperiatur. Itaque quid hic æquitas rei, quid auctoris sententia postulet, videndum est. Quod ut possit explicari facilius, observandum est in verbis duo hic constitui: unum, quod pertinet ad numerum eorum temporum, quæ hic in universum spectari possint; alterum, quod pertinet ad electionem unius alicujus ex his, quæ proposita sunt, ut sciatur quod ex his spectari debeat; neque enim simul omnia spectari volumus, aut etiam possunt. Numero duo illa tantum statuuntur, quæ dixi. Tempus autem quod ex his duobus spectandum sit, ita definitur: ut si quidem dies dictus sit solutioni, hic spectetur; si dictus non sit, spectetur tempus litis contestatæ. Cumque dicitur, si dies dictus sit, hunc sequendum; his verbis satis hoc casu tempus litis contestatæ excluditur; neque enim spectabitur dies constitutus, si sequemur tempus alterum. Horum utrumque cautione et explicatione indiget; quod si ad verba expenditur, et hæc per omnia retinere volumus, multis in caussis falsum est. Quala sit igitur, et quomodo accipiendum, videamus. Ac primum quod revocatur vini æstimatio ad duo tantum illa tempora superiora, et simul cætera removentur; recte dicitur, ac tunc sine exceptione locum habet, cum per debitorem mora fuit, quominus vinum traderet, non per creditorem, quominus acciperet. † Quod si creditor 27
in accipiendo moram fecit, interdum res exigit, ut aliud tempus, quam superiorum alterutrum, spectemus; nam si debitor vinum obtulit ante litem contestatam, cumque creditor sine justa caussa accipere recusasset, vini æstimatio postea aucta est: recte desiderabit debitor, ne pluris condemnetur, quam quanti vinum tunc fuit, cum oblatum est, idque doli mali exceptione consequetur; optima ratione, quæ in pecunia oblata et injuste recusata redditur a Marcello in *L. qui decem, infr. de solut.* quia *non est æquum teneri re oblata eum, qui non teneretur, si creditor accipere voluisset.* Certum est autem futurum fuisse, ut non teneretur, si creditor accepisset; sic enim solutum esset vinum, et debitor ea solutione liberatus esset. *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr.* Et omnino, inquit Marcellus, *pro soluto oportet esse id, in quo creditor accipiendo moram facit.* At enim si debitor vinum quod pure debebatur, interpellatus non dederit; negavimus supra ideo vinum ex tempore hujus moræ æstimandum. Si mora a debitore facta, non ideo revocatur vini æstimatio ad tempus moræ; quomodo mora a creditore facta æstimationem ad id tempus potius revocemus? Quia debitor etsi interpellatus, tamen ejus temporis quo interpellatur, vinum non debuit; proinde nec æstimationem, quoniam mora augere obligationem non potuit. At cum debitor vinum recte obtulit, fecit offerendo, ut videatur debitum solvisse. Cum enim quis genus debuit, si unam speciem solvat ex eo genere, perinde liberatur, ac si eam speciem debuisset. *L. cum incertus, infr. de legat.* 1. Nec ad rem pertinet, quod creditor oblatum non accepit, ideoque nec oblatum solutum est. Quod enim vere solutum non est; tamen jure pro soluto haberi debet, in quo accipiendo creditor moram fecit, ut diximus. † 28
Quid, si debitor vinum duobus temporibus obtulit? Dicemus utro tempore vinum minoris fuerit, tanti eum condemnandum; eadem illa ratione; quia pro soluto haberi debeat id, in quo accipiendo creditor moram fecerit. Quapropter etsi quis vinum in diem debuit, cumque id sua die obtulisset, nec acceptum esset, id postea iterum offerat, cum vinum esset minoris; recte dicemus non pluris eum condemnandum esse, quam tum fuit, cum minoris esset; quia semper verum erit et in hac caussa pro soluto haberi debere id quod oblatum est: nec moleste creditor ferre debet,

si non spectetur æstimatio diei constituti, quem ipse contempsit. Nam quod scriptum est in *L.* 3. §. *ult. infr.* de act. em. *Si per emptorem* vini, idest creditorem *mora fuisset, æstimari oportere pretium, quod sit, cum agatur*; sic accipiendum est; si vinum tum fuerit minoris, ut de loco ibidem continenter subjicitur; neque enim alia conditione spectandus est locus, ubi agitur, quam tempus, quo agitur, ut ubique hæc comparantur, puta hoc loco, et *L. ult. infr. de cond. trit.* et maxime in d. *L.* 3. §. *ult. de act. empt.* Sit igitur hoc ratum: Si debitor vinum quod debebat, recte obtulit, et tunc vinum minoris est, quam cæteris temporibus, sumendam esse æstimationem ejus temporis, quo oblatum est, non ullius alterius. An non ergo adversus definitionem hujus loci aperte facimus, ubi intra hæc duo tempora tantum æstimatio concluditur; diem constitutum, et tempus litis contestatæ? Minime. Observandum est enim hic proponi vinum sua die non solutum; idem et judicio ita petitum, ut ad tempus rei judicandæ perveniretur. Cum nihil adjicitur, hæc ita accipi solent, ut intelligatur hoc modo mora facta esse a debitore; nam et cum sua die pecunia non solvitur, mora fit sine alia interpellatione, *L. hominem, in fin. infr. mand*: et ad judicium mora non præcedente facile perveniri non solet, *L.* 3. *in pr. infr. de usur. L. nemo rem,* §. *ult. infr. de verb. obl.* Quod cum aliter factum intelligi volunt juris auctores, addere solent, quod ad id intelligendum pertineat, rem nimirum a debitore esse oblatam. *L. semel; infr. sol. mat. d. L. qui decem, infr. de solut.* Quare si debitore vinum offerente mora a creditore facta erit: non repugnabit hic locus, quominus ejus temporis æstimationem spectemus, quo vinum oblatum est, si eo tempore minoris fuerit. Nam si pluris tum erit, quam cum agitur, nequaquam debebit id tempus spectari, quod debitori noceat: non enim debet creditori prodesse oblatio, quam ipse non admisit. Proinde quasi hæc non intervenisset, ita in temporibus hic constitutis consistemus. Atque hæc de oblatione rei debitæ caveri oportuit, cum quæritur de numero temporum quæ hic spectanda proponuntur. Quod autem in unius ex his electione res ita definitur, ut placeat spectandum esse tempus litis contestatæ, si de die solvendi nihil convenerit; sin convenerit, hujus ipsius æstimationem sequendam. Prius quidem perpetuum est, quamdiu debitor vinum non obtulit (nam re oblata quid juris sit, ante diximus) vino, inquam, ante non oblato dicimus semper spectandum esse tempus litis contestatæ; idque ita fieri necesse est, si nullum sit præcedens tempus, quod spectemus. Atqui diem constitutum spectare non possumus, ubi nullus constitutus est. Tempus autem moræ non esse spectandum antea effectum est: cum debitor ut præcedentis temporis vinum non debuit, sic nec debuerit æstimationem, nec mora secuta obligationem auxerit. *L. centum, infr. de eo quod cer. loc.* † De posteriore autem monen- 29
di sumus, non item esse id perpetuum: quod enim dicitur; *si convenerit, quo die vinum redderetur, ejus temporis æstimationem sumendam*: sic accipiendum est; si et debitor eo die vinum non obtulit et pluris eo die vinum fuit, ut creditoris intersit id etiam tempus spectari. Cæterum si vinum pluris fuit tempore litis contestatæ, dicemus adversus eum debitorem, qui sua die vinum non obtulit ita constitui debere, ut quasi de die nihil convenisset, ita omisso eo spectemus tempus litis contestatæ pro commodo creditoris. Sumptum hoc ex *d. L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.* ubi Pomponius de vino vendito ita scribit: *si per venditorem vini, idest, debitorem mora fuerit quominus traderet: condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit*; vel quo tradi debuit vel quo lis contestata est, et res in judicium deducta: quam esse ejus loci sensum supra ostendimus. Si utro tempore pluris vinum fuit, reus condemnandus est; fit, ut debeat condemnari quanti sit vinum tempore litis contestatæ, si eo tempore pluris fuit: quantumvis convenisset initio, ut certo tempore traderetur: contempto videlicet die constituto, quo die vinum fuit minoris. Scriptum quidem hoc est a Pomponio in judicio empti et venditi, quod est bonæ fidei: sed non minus et in strictis judiciis propter eandem æquitatem recipiendum est: atque adeo non minus sententiæ hujus loci consentaneum, est in his ipsis idem admittere. Quod enim tempus spectari hic præcipiatur, si de die solvendi nihil dictum sit, videmus: tempus litis contestatæ videlicet. Atqui cum debitor sua die non solvit, perinde haberi debet postulante creditore, quasi qui dies adjectus erat, adjectus non esset: hac enim die non solvendo debitor a constituto die discessit, eumque suo facto repudiavit. Nulla fit ei injuria, si non permittitur ei revocare id cui semel renunciandum putavit: neque adeo hoc illi facere invito adversario permittendum est. *L. si quis, C. de de jurajur.* Ut nihil sit aliud: certe fidem in die constituto non præstat debitor, qui eo die non solvit, et moram facit: inverecunde postulat

diem a creditore sibi servari, qui eum creditori non servavit. arg. in *L. cum proponas, 2. C. de pact.* Quodque de legibus dictum est in *L. auxilium, in fin. supr. de minor.* hoc idem et in die adversus debitorem videmur recte usurpare posse, non recte eum diei beneficium invocare, qui adversus diem commisit. Nec quisquam hic nobis objiciat conventionem et dicat, cum dies initio dictus est, de die convenisse: hanc conventionem debitori esse servandam. *L. juris, §. ait, supr. de pact.* Hactenus enim illi servanda est, nisi diei constituto renunciaverit: erat enim dies adjectus ipsius caussa, ut eo solveret, si vellet, *L. eum qui Calendis, §. 1. infr. de verb. obl.* Licuit ei hoc die non uti, et juri pro se introducto renunciare, *L. pen. C. de pact. L. judex, supr. de minor.* quod tum fecisse eum apparet, cum in mora fuit, quominus eo die solveret. Sic fit, ut mora a debitore facta, quominus vinum solveret: si vinum eo die minoris fuerit: primum hoc recte statuatur non esse æquum diem constitutum pro adjecto haberi ei, qui hunc mora sua contempsit: deinde die remoto, recte dicatur vel huic loco, et Sabini sententiæ consequens esse, ut quasi de die nihil convenisset, debeat tempus litis contestatæ spectari, quo tempore pluris vinum fuit. Sed opponuntur verba hujus loci, in quo simpliciter ita scriptum est: *si dictum esset, quo tempore vinum redderetur, spectandum quanti tunc fuisset:* nec quidquam distinguitur, vinum eo tempore minoris fuerit, an pluris: ut probandum videatur, quanticunque tunc fuerit, eum diem omni modo esse spectandum. arg. in *L. item veniunt, §. petitam, ver. a quo. supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publician.* Ego autem etiam secundum verba recte ex hoc loco defendi posse puto, vino sua die non soluto, non esse diei constituti æstimationem spectandam, si eo die vinum minoris fuerit. Verba enim in legibus cum effectu accipere debemus: idest, ita ut cum verbis aliquid factum dicitur, intelligamus, quod factum sit utiliter et cum effectu, non quod inutiliter et sine effectu. *L. 1. in fin. supr. quod quis. jur. L. pen. §. 1. supr. ne quis eum qui in jus voc. est.* Et ideo si legatum relictum sit sub conditione, quæ sit impossibilis vel contra jus: etsi maxime hæ conditiones sint, si formam verborum spectes; tamen legatum ejusmodi non dicitur conditionale; quoniam conditio pro non adjecta habetur, *L. 5. ver. sed si sub conditione, infr. quan. di. leg. ced.* Hac ratione recte in proposito defendemus, non debere diei diem esse adjectum, seu de die convenisse, si dies in ea caussa sit, ut pro adjecto non habeatur: quippe qui cum effectu adjectus non sit, seu utiliter. Jam autem ostendi pro non adjecto haberi debere ei, qui in eo moram fecit. Nec multum ad rem facit, quod ab initio utiliter dies adjectus est; non enim sufficit utiliter adjecisse, nisi in eo perseveres, *L. nam et si, §. 1. supr. de inoff. test.* parumque interest, utrum quid ab initio non facias, an quod feceris, irritum fiat. † Quod adversus debitorem qui moram fecit, supra statuimus, 30
spectari debere, utro tempore pluris vinum fuerit, vel quo solvi debuit, vel quo lis contestata est, idest, id tempus, quod debitori noceat: hoc e converso adversus creditorem qui moram faciet, statuendum est, ut spectemus, utro ex his duobus vinum sit minoris, quod noceat creditori; proinde spectabimus, quanti sit vinum, cum agetur; ut est in *d. L. 3. §. ult. infr. de act. em.* nempe si tum minoris fuit, ut in loco faciendum esse ibidem subjicitur; quod et supra attigimus. Et hoc nisi vinum debitor obtulerit, et die constituto, ac postea ante litem contestatam atque intermedio tempore vinum minoris fuerit quam die constituto pluris autem tempore litis contestatæ: semper enim spectandum est id tempus, quo vinum oblatum est, prout id spectari debitori expediet, ut supra docuimus. Quod si non expediet, quia vinum minoris tempore litis contestatæ, ad hoc potius æstimationem referemus; contempto nimirum et in hac caussa die constituto: quo cum creditore uti noluerunt antea, inique id revocare conetur, quod semel repudiaverit. Denique quæ in reum frustratorem de hoc die supra dicta sunt, eadem in frustratorem creditorem conveniunt omnia. His de sententia hujus loci expositis, nunc rem in pauca colligemus. † Summa igitur hæc sit superioris 31
disputationis: Cum de æstimatione rei petitæ agitur, quæriturque in universum cujus temporis æstimatio facienda sint; interest, utrum res certa debita fuerit, ut Stichus; an incerta, ut vinum ex mutuo. Res certa si post moram debitoris periit, aut deterior facta est: quandocunque petita erit judicio, tanti reum condemnari oportet, qualis unquam plurimi res fuit, quocumque tempore id acciderit, sive ante, sive post judicium susceptum, *L. 3. infr. de cond. trit.* Cum enim perseveret res certa omnibus temporibus esse eadem, quæ fuit, cum in obligationem deducta est: non potest, quin ut ab initio deberi cœpit, sic omnibus quoque temporibus debeatur, et quidem

singulis talis, qualis tunc est: eam obligationem mora deinceps perpetuam facit, *L. nemo rem*, §. *ult. L. si servum*, §. *sequitur, infr. de ver. ob.* Quod si vinum debebitur, res nimirum incerta: cum hic nusquam sit, quod debetur, eoque nullius certi temporis vinum debeatur, ne ullius quidem temporis æstimatio facienda est: quam præstari oporteat; præterquam si quod tempus certum fecerit conventio contrahentium, ad quod mutuo consensu vini præstatio referretur. Hæc tempora duo sunt: dies solutioni dictus, et secundum hunc, tempus litis contestatæ. In die constituto aperta conventio est. In tempore litis contestatæ tacita, per quam tale quidque in judicium deduci intelligitur, quale est cum petitur. *L. 2. supr. de usur.* Eo fit, ut hic placeat non alia spectari. Quoniam autem utrumque simul spectari non potest, si quæratur, utrum sit spectandum potius: res est in tempore litis contestatæ expedita, si nullus dies solutioni constitutus est: tum enim tempus litis contestatæ est, unum, ut alterum requirere ineptum sit. Quod si dies dictus erit, quo vinum redderetur, ut vino petito duo hæc tempora concurrant: erit interdum, cum diem constitutum spectemus: interdum cum spectemus tempus litis contestatæ. In quo hæc definitio tenenda est ex *L. 3. §. ult. infr. de act. em.* Ut si per debitorem mora fuerit, quominus sua die vinum solveret, condemnari debeat, utro ex his duobus temporibus pluris vinum fuerit: sin mora fuerit per creditorem, quominus acciperet, condemnatio facienda sit, utro tempore vinum fuerit minoris. Ita utrobique spectandum tempus litis contestatæ, si vel illic eo tempore vinum pluris fuerit: vel hic minoris. Quibus casibus quod contemnitur dies constitutus, quam id non adversetur huic loco, paulo ante satis ostendimus. Hæc omnia ita, nisi alio tempore quam die constituto debitor vinum obtulit creditori, quod ille sine justa caussa accipere recusavit: et postea vini æstimatio aucta est: non enim debet creditoris factum debitori nocere: quapropter non pluris damnandus est debitor, quam tum fuit vinum, cum oblatum est. Si non res aliqua, sed ejus rei æstimatio, ab initio in obligationem deducta sit: nihil ad rem pertinet, quæ sit sequentibus temporibus ejusdem rei æstimatio: mora ab alterutro ex contrahentibus facta sit, an non sit, et a quo. Non enim hic res ipsa debetur, ut propter eam quærendum sit de ejus æstimatione: sed sola æstimatio ejus temporis, quo contractum est, aut si cujus alterius temporis æstimatio nominatim designata sit in contrahendo. Quia hæc debetur, nec postea perit, semper præstanda est, etiam si res cujus æstimatio est, postea deterior facta sit, atque adeo perierit: et quia debetur sola, etiam solam præstari oportet, nec re postea meliore facta augebitur. *L. fundum; infr. de novat.*

INTERROGATUS, CUJUS LOCI PRETIUM SEQUI OPORTEAT) † Ut cum vi- 32
num, oleum, frumentum, et similes merces judicio petitæ æstimandæ sunt, magni interest, cujus temporis æstimatio fiat, cum illa temporibus varie mutetur, eoque et de eo quæritur, ut supra: ita et in locis maxime, cujus loci æstimationem sequamur: cum hic præcipue illa varietas pretiorum exsistat, de qua scribit Cajus in *L. ideo, infr. de eo quod cer. loc.* Ideo et de loco, quem hic spectemus, eadem dubitatio est, de qua etiam hic subjicitur: ubi in summa de loco eadem distinctio servatur, quæ supra in tempore tradita est. *Si convenisset*, inquit Julianus, *ut certo loco redderetur*, æstimandum, *quanti eo loco esset*. Atqui et alio quovis loco idoneo vinum peti potest, *L. 1. infr. de eo quod cer. loc. L. eum qui insulam, supr. de jud.* Quid ergo, si petitum sit? Hoc sentit, non esse æstimandum, quanti sit eo loco, quo agitur, sed quo reddi debuit: nempe propter conventionem, qua contrahentes de ejus loci utilitate sibi caverunt. Hæc neque debitori, si forte vinum eo loco minoris sit, neque creditori, si forte eo loco sit pluris, adimi debet. §. *loco, Inst. de act.*, Sed et hoc ex *d. L. 3. §. ult. infr. de act. em.*, sic accipiendum est: si eo loco a neutro ex contrahentibus mora facta sit: quod ita fit, si aut neuter eo venit, aut venit quidem uterque; sed ut debitor non obtulit, ita creditor non petiit: aut etiam ultro diem solvendi debitori prorogavit. Quod si ab alterutro mora facta erit: ut prius in die, sic in loco constituto sequemur hanc distinctionem: ut si quidem mora in debitore fuit, quia creditor cum eo venisset, neminem offendit, a quo peteret, idque testatione complexus est, juxta *L. sed et si, in fin. infr. de usur. L. 2. infr. de naut. fœn.* aut venit debitor, et interpellatus eo loco non dedit: tunc æstimetur vinum, utro loco pluris fuerit, vel quo dari debuit, vel quo agitur. Sin contra per creditorem mora facta est, quia debitor loco constituto vinum obtulit, quod creditor sine caussa accipere recusavit, aut cum quæreret, cui offerret, et vinum haberet paratum, neminem habuit, cui offerret; tum æstimetur vinum, quod creditori noceat, utro loco minoris sit: nam

hæc distinctio in *d. L.* 3. diserte scripta est. Secundum quam sæpe evenire potest, ut contempto loco constituto spectetur ejus loci æstimatio, ubi agitur: priore quidem casu, si vinum pluris est, quo loco agitur; posteriore, si minoris. Itaque quod ibidem scribitur in extremo, non oportere ejus loci pretia spectari. in quo agitur, sed ejus ubi vina tradi oportet, sic accipiendum est: quasi dictum esset non oportere præcise et absolute, seu non tantum, ut Accursius ex præcedentibus bene interpretatur. Cur autem his casibus locus constitutus contemnatur adversus moratorem, eadem ratio est, quæ facit, ut ei dies constitutus ad æstimationem ejus spectandam non prosit: hæc quæ sit, suo loco ostendi. Hæc de loco solutioni constituto. *Quod si*, inquit Julianus. *dictum non esset, ut certo loco vinum redderetur: pretium sequi oportet, quod sit, ubi esset petitum.* Ne quis hoc otiose caveri existimet, quasi nullum sit aliud tempus, de quo justo possit dubitari, an sit spectandum, ubi non convenit, ut vinum certo loco daretur; nam et nullo constituto loco ad solvendum, tamen duo sunt loca, ubi quis conveniri ex contractu possit, et ubi se defendere debeat: vel ubi domicilium habet: vel ubi contractum est. *L. heres*, §. 1. *et* §. *proinde, supr. de jud.* Finge creditorem egisse, ubi contractum erat; et tempore litis contestatæ (cujus temporis æstimationem sumendam supra dictum est) vinum pluris fuisse aut minoris in eo loco, in quo debitor domicilium habuit: non immerito dubites, utrius loci potius æstimationem sequamur, cum pariter utroque et solvi vinum et peti potuerit. Et placet ejus æstimationem spectari debere, quo actum est. Merito; quoniam creditor hunc eligendo, ejus quoque utilitatem secutus est, et in judicium deduxit: in quam et reus se obligavit judicium accipiendo: judicio enim contrahitur, *L.* 3. §. *idem scribit, infr. de pecul.* Quid, si debitor eo loco, in quo domicilium habet, prius interpellatus, ut vinum solveret, moram fecit, et vinum eo loco pluris est? Non ideo ejus loci æstimationem spectabimus, sed ejus ubi agitur. Ut enim cum debitor ante litem contestatam interpellatus non solvit, non ideo ejus temporis æstimationem spectamus, quia ejus temporis vinum non debuit, et mora obligationem non auget: sic etsi alio loco interpellatus, ut daret, quam quo actum est, non dedit, non ideo sequemur æstimationem ejus loci, quia nec ejus loci, vinum debuit, nec mora angere potuit obligationem: quod non item de loco, ubi actum est, dici potest, cum in eum a litigatoribus consensum sit. Quid si e converso debitor creditori vinum obtulit eo loco, ubi domicilium habet, et in eo accipiendo creditor moram fecit? Quod in tempore respondimus, hoc idem dicemus in loco: ubi vinum oblatum sit, ejus quoque loci æstimationem sequendam, si ibi vinum tunc minoris fuerit: Iniquum enim esse pluris teneri debitorem, qui non teneretur, si creditor oblatum accepisset: denique pro soluto haberi oportere, in quo creditor accipiendo moram fecit. *L. qui decem, infr. de sol.* Cur autem huic sententiæ non putemus hunc locum adversari, tamensi in eo de æstimatione ejus loci quo agitur, spectanda absolute scriptum est, supra in temporis æstimatione diximus.

Africanus *Lib.* 2. *Quæstionum.*

Ad L. Si eum servum. 23.

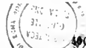
Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait quasi ex re tua locupletior factus sim.

SUMMARIA.

1. *Quæstio hujus loci, et dubitationis caussa de condictione, quam non videatur in proposito esse posse.*
2. *Qui rem alienam pro sua vendidit bona fide, tenetur de pretio actione negotiorum gestorum.*
3. *Hinc esse certi condictionem; condictionem autem sine caussa esse non posse.*
4. *De pretio rei meæ ab alio venditæ, quibus conditionibus mihi detur actio adversus eum, qui vendidit.*
5. *L.* 3 C. de rei vindicatione, *explicatur.*
6. *Ratihabitionem domini ad hanc actionem non esse necessariam.*
7. *Casus, ubi dominus rei ab alio venditæ possit rem suam vindicare ab emptore, et pretium consequi a venditore.*
8. *Nec malæ fidei venditorem teneri de pretio rei alienæ venditæ, nisi iisdem conditionibus, quibus bonæ fidei venditor.*
9. *Venditores rei alienæ plures si erunt qui teneantur de pretio quod acceperunt.*

Ad condictionem certi instituendam, de qua hoc titulo agitur, necessaria est cognitio earum caussarum, ex quibus jure obligatio oritur. Dicitur enim hæc condictio competere ex omni caussa, sed ea ex qua certum jure petitur: ut prius caussam jure subesse oporteat, ex qua quid jure peti possit. Hæ caussæ magna ex parte in jure notæ sunt: traduntur enim earum genera quatuor, contractus, quasi contractus, maleficium, et quasi maleficium, ac cuique generi suæ species certæ subiiciuntur, §. *ult. Inst. de obl. et seqq. titulis.* Inde igitur earum cognitio huc afferri debet. De duabus caussis præcipue dubitatum est in hac parte a veteribus, quæ ideo per occasionem ejus condictionis huic titulo insertæ videntur. Una est, cum res mea ad alium ita pervenit sine caussa, ut pervenerit et sine maleficio, et sine ullo meo consensu: de qua in *L. si et me.* 32. *infr. eod.* Altera, cum extrinsecus ex re mea quis locupletior factus est: quod contingere potest dupliciter: Vel dum is qui rem meam possidet, eam vendit pro sua, et pretium accipit: vel dum servum meum quis possidens ex peculio ejus aliquid acquirit. De hac posteriore specie agitur in *L. cum fundus.* 31. §. 1. *infr. eod.* De illa
1 priore est hoc responsum Africani. † Qui rem alienam bona fide possidebat, eam vendidit, et pretium consecutus est. Quin de re ipsa non teneatur domino, non dubitatur. Non enim tenetur actione in personam, qui de ea re nunquam domino fuit obligatus. §. 1. *Inst. de act.* nec potest res ab eo vindicari, qui eam nec possidet, nec dolo possidere desiit, *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* An de pretio saltem teneatur, quæsitum est. Hic scriptum est, posse dominum pretium ei condicere, non simpliciter, sed sub conditione, cum res vendita exstincta fuerit: et addita est ratio, quasi ex re aliena venditor locupletior factus sit. De conditione, sub qua placet hanc condictionem dari, videbimus postea. Ante constituendum est, an esse possit in hac specie ulla condictio de pretio adversus venditorem, et an sufficiat, quod ait Africanus, venditorem ex re domini locupletiorem esse factum, ut teneatur. De quo non immerito quæritur. Nam si condictio est actio in personam, ut est §. *appellamus, Inst. de act. L. actionum. infr. de obl. et act.* non est hic condictio de pretio, nisi adversus eum, qui domino eo nomine obligatus est, *d.* §. 1. *Inst. de act.* Nec vero obligatur quisquam, nisi certis et notis illis ex caussis quatuor a jure receptis, contractu, quasi contractu, ma-

leficio, quasi maleficio, §. *ult. Inst. de obl.* eoque nec in alium, quam qui ex una aliqua harum caussarum tenetur, condictio est. *d.* § 1. *de act.* At videamus, ne hic nulla sit ex superioribus, ex qua dici possit possessor qui rem bona fide vendidit, de pretio teneri. Nihil enim delinquere, aut quasi delinquere certum est, qui rem bona fide possidet, et quia suam putat, pro sua utitur vendendo: pretium autem ab eo, qui pecuniæ dominus est, accipit. Multo minus rem alii vendendo eum domino contrahere intelligitur is, qui eum domino nullum negotium gerit, nihil paciscitur, ac de eo ne suspicatur quidem. Quasi contractus, si quis hic accipiatur, non video, quis alios possit intelligi, quam quod negotium domini in re ejus vendenda, gestum est. At hanc caussam condictionis in hac specie atque hoc responso vulgo interpretes maxima ex parte cum Bartolo repudiant: idque auctore Africano facere videntur, qui ex Juliano aliam hujus condictionis caussam reddit. Quæ igitur esse hic potest condictio de pretio adversus venditorem, ubi omnem obligationis et condictionis caussam sustuleris? Fatentur vulgo nullam hic esse condictionem summo jure, sublatis nimirum caussis illis superioribus: sed dicunt esse ex æquo et bono, quia venditor ex re aliena locupletior factus sit, ut Africanus ait: eamque æquitatis rationem unam esse hujus condictionis caussam probari volunt ex *L. si et me et Titium, infr. eod.* ubi scriptum est, cum pecunia mea facto meo ad te pervenit sine caussa, etsi pervenit sine contractu meo, tamen eam mihi a te reddi bonum et æquum esse. Sed videndum est, ne ex hoc responso incidamus in aliud incommodum, quod sit gravius, ut fateamur plures esse caussas, ex quibus obligatio et condictio oritur, quam illas quatuor, quas supra posuimus, quæque jure civili solæ agnoscuntur: quod si facimus, convellemus principia juris de obligationibus, idest, divisionem obligationum notam, quæ traditur in *d.* §. *ult. Inst. de obl.* Deinde non est satis dicere æquum esse unumquemque teneri, qui ex re aliena locupletior factus est: sed amplius quærendum est cur sit æquum, et si negetur esse, probandum: cum sine certa ratione non sit æquum. Non videtur autem id aliter ostendi posse, quam si hæc species ad unam aliquam ex iis caussis referatur, ex quibus obligatio nasci dicitur: et omnino si consentanea principiis juris dicere volumus, ita facere debemus. Et cur hic laboramus, cum Africanus ipse rem expediat, et ad easdem illas caussas, quæ jure cognitæ sunt, hujus condictionis caussam aperte revocet?
✝ Is in *L. ult. supr. de neg. gest* in hac ipsa 2
specie nominatim negotiorum gestorum actionem, quæ ex quasi contractu nato nascitur, domino dat adversus venditorem hujus ipsius pretii nomine de quo quærimus, et eadem omnino conditione. Scio Bartolo et aliis quibusdam, dum eum locum oscitanter legunt, aut verius dum eum magis ex Accursii glossa quæ hoc loco est, accipiunt, quam legunt, aliter videri. Sed consulatur locus, et cum hac conferatur: tum an non utriusque loci eadem species sit, intelligetur. Hoc loco proponitur possessor servum alienum bona fide et ex caussa lucrativa, puta legatum possedisse, et vendidisse: Datur domino actio de pretio, cum servus venditus mortuus fuerit. Quid in *L. ult.* de negotiis gestis? Proponitur possessor non quidem servum alienum, sed quod idem valet, rem alienam bona fide, et ex caussa item non onerosa possedisse, et vendidisse. Datur itidem domino actio de pretio eadem illa conditione, non si res mortua fuerit, sed quod idem est, si in rerum natura esse desierit. An dubium est igitur eandem speciem facti, et eandem conditionem actionis dandæ illa *L.* contineri? Et tamen in hac ipsa specie, hac ipsa conditione idem auctor Africanus scribit, de pretio negotiorum gestorum actionem domino dandam. Quapropter nisi ille a se ipso dissenserit, eamdem hic specialem actionem, certe eamdem condictionis caussam intelligere debemus. Nec quisquam dixerit, quod Africanus ait negotiorum gestorum actionem domino dari adversus venditorem, sic accipiendum esse: si dominus venditionem ratam habuerit. Nulla enim ejusmodi conditio adjicitur in *d. L. ult.* non magis quam hoc loco, tantumque utrobique actio datur de pretio sub conditione, si res vendita in rerum natura esse desierit. Quin etiam hac conditione posteriore adjecta, manifestum est Africanum priorem illam repudiasse. Nam si dominus venditionem ratam haberet esset illi statim negotiorum gestorum actio de pretio quamvis re adhuc exstante: ut non esset expectandum, donec res vendita exstincta esset. *L.* 3. *C. de rei vind.* Et cur in hac specie domino rei non sit negotiorum gestorum actio, si in re vendenda negotium ejus gestum est? Est autem negotium ejus hoc ipso, quod res ejus est, in qua negotium emptionis gestum est, propter quod et pretium est acceptum. Existimavit quidem venditor se suam rem vendere, eoque opinione sua atque animo negotium suum gessit: sed re vera ut aliena res, ita et alienum nego-



tium fuit, quod in ea gestum est. Hanc veritatem gerentis opinio non mutat: ideo et hanc ipsam veritatem sequimur, contempta ejus opinione, ut fit et in aliis caussis similibus. *d. L. ult. in fin. L. si pupilli, §. sed etsi hominis, supr. de neg. gest.* Cur ergo si re aliena vendita statim negotium domini gestum est, non et statim agi potest adversus venditorem negotiorum gestorum; sed expectamus, donec res in rerum natura esse desierit? Quia ut competat negotiorum gestorum actio, non est satis negotium ejus qui agit, gestum esse, sed ad eum cum quo agitur, in quo nulla culpa sit, etiam aliquid ex eo negotio pervenerit, oportet, ut sit quod inde domino restituere debeat. *L. 2. supr. de neg. gest.* Ideo hic exigitur, ut venditor ex ea venditione locupletior factus sit, ut sic ad eum pervenerit, quod restitueret. At enim hoc loco Africanus non negotiorum gestorum actione pretium peti posse dicit, sed *condici*. Non ideo negotiorum gestorum actionem in hac caussa competere negat: nam et cum actione speciali negotiorum gestorum certi condictio concurrit, ut liceat utra libet, experiri. *L. in duobus, §. exceptio, infr. de jur.* At dicit pretium *condici*, nominatim addita ratione et caussa agendi; quæ hæc est: non quia negotium domini gestum sit, sed quia venditor ex re aliena locupletior factus sit. Sed et hæc ratio maxime eo spectat, ut in proposito actionem ob negotium domini gestum competere confirmet; non enim competeret aliter negotiorum gestorum actio, quam si is cum quo agitur, factus esset locupletior, ut ante dixi. Quid sibi vult igitur, quod in *L. 3. C. de rei vind.* cum in hac specie datur actio negotiorum gestorum de pretio adversus venditorem, ita datur, si dominus venditionem ratam habuerit? Species illic proposita hanc conditionem exigebat. Ibi enim de re vendita exstante agebatur; quod cum fit necessarius est domini consensus, ut venditor fiat locupletior, atque ita locum habeat negotiorum gestorum actio. Re autem exstincta, de qua hic agitur, statim venditor locupletior efficitur; ut supervacua sit ad eam rem ulla domini ratihabitio, de qua postea. Effectum est igitur, cum possessor rem alienam quam suam putabat, vendidit, recte et principiis juris convenienter in eum domino rei de pretio condictionem dari; postquam datur adversus eum qui obligatus est; et obligatio ex caussa jure civili cognita, nempe ex negotio gesto.

3 ✝ Sed tantum ait Africanus posse dominum pretium condicere, nec de genere condictionis exprimit. Unde quæritur, quam hic condictionem intelligere debeamus. [illegible] ea caussa est, ex qua sit actio negotiorum gestorum de pretio, ut ostendimus: idest, ex qua jure propria actione quid peti potest, et quod petitur, certum est; dicendum est eo nomine esse certi condictionem, ut quæ competat ex omni caussa et omni obligatione, ex qua certum petitur. *L. certi, supr. eod.* Sed et hanc ex caussa negotiorum gestorum competere nominatim scriptum est in *L. in duobus, §. exceptio, infr. de jur.* Hanc igitur intelligimus; præsertim cum ita fieri huic titulo conveniat, in quo sola certi condictio et proponitur, et explicatur. Quid si aliam hic intelligere non possumus? Nam quod quidam cum Bartolo in hac specie dant condictionem sine caussa, defendi nun potest; etiam si concederemus nullum hic domini negotium a venditore gestum esse. Quomodo enim pretium sine caussa apud eum, qui id ex caussa venditionis recte et bona fide contractæ accepit, et accepit ab eo, qui ut pecuniæ dominus erat, ita et dominium in accipientem transferre voluit? Non accepit hic quidem pretii habendi caussam ab eo emptore, qui dominus rei fuerit, utpote in quem dominium ab eo qui duminus non erat, transferri non potuerit. Sed non eo minus pretium habet ex justa caussa, qui id habet ex caussa justæ venditionis: nam et qui dominus non est, rem alienam potest vendere, ut emptio sit et venditio. *L. rem alienam, infr. de contr. empt.* Video, quid a veteribus traditum sit, et ut verissimum, ita et de condictione sine caussa accipiendum esse fateor, id quod ex injusta caussa apud aliquem sit, posse condici, *L. perpetuo, infr. de cond. ob turp. cau. L. 1. infr. de cond. sine caus.* Sed quid ad rem pertinet, si pretium id de quo agitur, est apud venditorem ex caussa omnium justissima, nempe venditionis? Sed et illud quid ad rem, quod afferunt ex *L. si et me*, infr. eod. *cum pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum esse?* Non enim hic agitur de pretio, seu pecunia, quæ fuerit unquam ejus, qui eam condicit, sed quæ profecta sit ab extraneo emptore, cujus et pecunia fuerat; ut si ea condicenti reddenda est, non possit tamen dici ideo illi reddi, quia pecunia ejus ad eum, cui condicitur pervenerit. Hac condictione hic remota, manet altera quæ et rei, et huic titulo conveniat, nimirum certi condictio, quam supra posuimus: ut minus jam dubii sit, quin eam hic accipere et solam debeamus. ✝ Condictionem 4
hic esse, et quæ sit, tenemus. Qua conditione detur, videndum est. Et diversis in locis

varias conditiones adjici legimus: Alias si res vendita in rebus humanis esse desierit, ut hic; alias si usucapta sit, ut *L. 1. C. de reb. al. non al.* alias si dominus postea de venditione consenserit, ut *L. 3. C. de rei vind.* Sed una generalis conditio est, ad quam superiores non tantum referendæ, sed etiam exigendæ sunt, quæ et hic in extremo traditur; si venditor ex pretio locupletior factus sit. Ut quamvis hic condictio detur. servo vendito mortuo; non tamen hæc ratio sit dandi, quia servus, sit mortuus; sed quia eo mortuo venditor incipiat fieri locupletior. Et recte hac conditione solum datur actio negotiorum gestorum, et propter hanc actionem condictio. Nam si venditor locupletior est, habet, quod ex negotio gesto restituat. Si non est; nihil ad rem pertinet dici negotium ab eo gestum esse, si inde nihil est consecutus, ut negotiorum gestorum actione teneatur, *d. L. 2. supr. de neg. gest.* Atque hac actione sublata nec condictioni certi locus esse potest, ut quæ præcedentem aliquam obligationis caussam desideret; nam hic condictionem sine caussa locum habere non posse supra satis ostendimus. Et generaliter ita definiemus; Quisquis rem alienam suo nomine vendit, is de pretio quod ex ea venditione consecutus est, non aliter domino tenetur, quam si inde locupletior factus sit, sive bona fide rem possederit, sive mala fide. Sic autem locupletior factus videbitur, si duo hæc concurrent: ut et ante ex caussa lucrativa rem possederit, et pretium consecutus ita id habeat, ut ei auferri non possit. Primum exigimus, uti qui rem alienam possidebat, et vendidit, eam ex caussa lucrativa possederit. Huc referri debet, quod hic proponitur is venditor, qui servum alienum, quem vendidit, possidebat tamquam sibi legatum; et in *L. ult. supr. de neg. gest.* venditor is, qui possidebat rem, quam ex peculio servi sui se habere putabat. Dici quidem potest hæc proposita esse exempli caussa, ut nihilominus idem juris foret etsi venditor rem alienam prius emisset, *L. 1. §. quod vulgo, infr. de vi et vi ar.* Sed consulto, non temere esse posita, quo alii venditores excludantur, ratio hoc loco subjecta liquido ostendit; nam hac cessante non potest responso esse locus, *L. quod dictum, supr. de pact.* Sic de pretio condictio hic datur adversus venditorem, si is sit locupletior. Non est locupletior, qui rem vendidit, et pretium accepit, si tanti prius emerat; quoniam nec rem prius habuisse videtur is, cui pretium abest. *L. Labeo et Sabinus, infr. de verb. sig.* Nihil quidem adjicitur in *L. 3. C. de rei vind.* de caussa, ex qua venditor rem alienam possedit, quem tamen de pretio conveniri posse illic scriptum est. Sed nec etiam proponitur is, qui rem ex aliqua caussa possideret. Unde conjectura capi potest de eo illic agi, qui rem alienam nulla ex caussa possidens eam vendidit, ut postea de ea re cum domino ipso transigeret. Quod et exempla matris et mariti qui rem vendiderunt, illic posita satis indicant. Ideo enim matris persona addita est, ut ostenderetur illam magis jure conjunctionis et matris sibi hoc sumpsisse, ut rem filii aut filiæ venderet, quam quod suo aliquo proprio jure in ea re duceretur. Similiter et mariti persona quæsita, ut declararetur magis pro potestate mariti id eum fecisse, quam quod res ad illum ex aliqua caussa pertineret. Videbitur alieni obstare, *L. Julianus, supr. de rei vind.* Illic enim proponitur is servi alieni venditor. qui eum prius emerat; et tamen respondetur, si eum tum vendiderit, cum dominus ab illo eum petere cœpisset, et emptor eum occiderit; æquum esse venditorem pretium domino præstare. Sed pretium hic intelligendum est verum pretium servi, seu æstimatio; non pretium, quanti venditus a possessore fuerat. Agitur enim de vindicatione, et hoc vult intelligi Ulpianus; si servus petitus occisus sit, quamvis hoc sine culpa et dolo malo ejus, a quo petitus est, contingat, tamen eum teneri, si servum vendidit, et servus ab emptore occisus est; quia hoc ipsum culpa sit, quod vendiderit, et factum emptoris præstare debeat, *L. si servum, in pr. et vers. idemque fiet, infr. de verb. obl.* Sic autem venditorem teneri vult, ut quoniam servum jam restituere non potest, pretium præstet, idest, servi æstimationem: ut prius in *L. item si verberatum, §. ultim. eod. tit.* locutus erat his verbis: *Si servus petitus vel aliud animal demortuum sit sine ullo dolo malo et culpa possessoris; verius est, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo pretium debere præstari;* ubi veram æstimationem servi ab illo dici omnes intelligunt. At pretium, quod ex venditione venditor consecutus est, non debere accipi in *d. L. Julianus.* ex eo manifestum est, quod cum de petito, idest, vindicato servo agat Ulpianus, et dicat pretium ab eo cum quo agitur, esse restituendum; non possit hæc restitutio fieri nisi eo judicio, quod institutum est, idest, vindicatione: non præstatur autem a venditore rei alienæ id pretium, quod ex venditione accepit, nisi condictione, ut hic locus ostendit, idest, in personam actione. Non satis est eum qui rem alienam vendidit,

rem possedisse ex caussa lucrativa, et pretium accepisse, ut videatur inde factus locupletior. Hoc amplius sic enim pretium accepisse oportet, ut certum sit esse mansurum, quia non possit ei auferri. Neque enim videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere. *L. aliud est capere, infr. de ver. sig. L. non videtur quisquam, infr. de reg. jur.* Tunc autem certum esse incipit pretium apud venditorem mansurum esse, cum certum fit emptorem ob evictionem adversus venditorem regressum habere non posse. Id dupliciter contingit: Vel quod dominus rei venditæ proprietatem amisit, ut jam eam rem vindicare non possit, et emptori auferre; vel quod quamvis re evicta actio ob evictionem emptori non datur. Ut dominus rei venditæ proprietatem amittat, nec possit eam vindicare ab emptore, tribus modis accidit: Aut enim res in rerum natura esse desinit apud eum emptorem, qui bona fide possidebat: aut res ab emptore usu capitur: aut dominus rei suæ venditioni postea consentit. Re perempta non tenetur vindicatione emptor bonæ fidei: quia nec jam possidet, nec dolo desiit possidere. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Qui usucepit, tantum abest, ut adversus eum ulla sit vindicatio ut ei contra vindicatio detur, cum dominus esse cœperit. *L. in rem, supr. de rei vind.* Domino autem venditioni consentiente, eadem opera et qui dominus fuerat, dominus esse desinit, et dominium transfert in emptorem, *L. qua ratione, §. hæ quoque.* illic, *nihil autem interest,* et *§.* interdum. *infr. de acq. rer. dom.* Hinc totidem casibus receptum est, ut qui dominus rei fuerat, pretium condicere possit venditori; quasi qui locupletior factus sit. Si res vendita in rebus humanis esse desierit, de pretio condictionem esse hic scriptum est, et in *d. L. ult. sup. de neg. gest.* An quod hic quidquam interitus proprium est? Imo ideo, quia hoc casu pretium apud venditorem mansurum est, atque hoc modo is fit locupletior, quod quærimus. Sed ut hoc contingat, emptorem esse volumus, qui bona fide possederit. Quod si emptor servum emptum postea servum alienum esse cognovit, sic deinde servus mortuus est; nihilominus et hic rei vindicatione domino tenetur, qua res ei evinci potest. *L. sin autem, §. si homo, supr. de rei vind. L. item veniunt, §. petitam, supr. de pet. her.* Quæ res facit, ut nec venditor videri possit ex pretio locupletior factus, cum id re evicta emptori restituere debeat. Quod si locupletior non est, nec potest ei pretium condici ex hoc loco. Nec ob tat, quod in principio generaliter dicitur pretium condici posse: servo mortuo, seu re vendita perempta. Non enim videtur periisse res, quæ jure perinde habetur, quasi exstaret. *L. nemo rem, §. 1 infr. de ver. obl.* semper autem pro possessore dolus est, *L. qui dolo, L. parem, infr. de reg. jur.* Atque hic dolus est in eo, quisquis rem quam possidet, alienam esse cognovit. *d. L. item veniunt, §. petitam, supr. de pet. her.* Quod re vendita perempta, de pretii condictione placuit idem et re ab emptore usucapta traditum legimus in *L. 1 C. de reb. al. non alie.* Non dubium, quid eadem ratione; quin et hic non possit jam prior dominus rem evincere emptori, ut nulla evictione proposita, necesse sit pretium apud venditorem manere, quod ei nemo auferat. † Idem receptum in *L. 3. C. de rei vind.* re vendita exstante nec ab emptore usucapta, si dominus de venditione rei suæ consenserit. Hac ipsa ratione addita, quod dominus hoc modo amiserit rel suæ proprietatem. Ex quo intelligitur simul evenire ut et venditor ex pretio fiat locupletior; id quod volumus. At enim hoc casu, dicet aliquis, non potuit dominus venditionem ratam habere, quæ ejus nomine contracta non est, ut efficiatur ejus negotium, quod ejus nomine gestum non fuit, *L. si pupilli §. sed si ego, supr. de neg. gest.* Hoc nihil, certius. Neque nunc id agitur, ut domini ratihabitione ea venditio confirmetur; quod si fieret, frustra fieret, sive res adhuc exstaret, sive esset perempta, aut usucapta. Primum quia venditio satis ipsa per se valuit, ut non fuerit opus ad eam confirmandam domini ratihabitione; nam et rei alienæ venditio consistit. *L. rem alienam, infr. de contr. empt.* Deinde quia si venditio non valuisset ab initio, tractu temporis confirmari non posset. *L. quod initio, infr. de reg. jur.* Quid ergo quæritur hoc domini consensu? Nihil aliud, quam ut dominus rei venditæ patiatur eam rem manere penes emptorem, seu ut dominium in eum transferat. Hoc vero ille efficere potest, non aliqua prioris actus confirmatione, sed sola in futurum collata voluntate, quam tum declarat, eum dicit se de venditione consentire, ut supra ostendi. Neque tamen quisquam eum Bartolo existimaverit ex hoc facto nasci domino illam negotiorum gestorum actionem, quæ illi dari dicitur in *d. L. 3. C. de rei vind.* Nam isto modo daretur illi hæc actio, quia ipse venditoris negotium gessisset; quod secus est. Ideo enim adversus venditorem hanc actionem habet, quia venditor ejus negotium gessit, ut est in *d. L. ult. supr. de neg. gest.*

Cur ergo, si venditor vendendo domini negotium gessit, exspectatur hic domini consensus, ut possit negotiorum gestorum actionem exercere? Jam dixi, etsi venditor rem alienam vendendo gessit jam ab initio negotium domini; non tamen id satis esse, ut domino teneatur negotiorum gestorum, nisi ex eo negotio factus sit locupletior. Ita hoc superest, ut locupletior fiat: quod accidit proprietate rei vel superiore consensu, vel alio modo amissa. Unde et negotiorum gestorum illi constituitur actio; non tamen data ex hoc consensu, etsi non nascitur nisi post hunc consensum, quasi post eum
6 stiterit conditio, ex qua actio pendebat. † Cum autem in his caussis, quæ supra scriptæ sunt, obligationis et condictioni de pretio adversus venditorem constituendæ ratio. hæc sit: si venditor locupletior factus sit; in singulis autem proprietate rei domino amissa pariter venditor fiat locupletior: apparet valde errare eos, qui ut in his re vendita vel perempta vel usucapta competat actio negotiorum gestorum aut condictio, hoc exigunt, ut dominus in sub idium venditionem ratam habeat. Si re perempta aut usucapta venditor locupletior factus est, nihil requiremus amplius ex hoc loco, et *d. L. ult. supr. de neg. gest.* Sed et in *L. 3. C. de rei vind.* diserte scriptum est, *quocunque modo dominus proprietatem rei venditæ amiserit, habere eum hoc ipso negotiorum gestorum actionem.* Si hæc proprietate rei amissa domino contingunt non propter hanc amissionem, aut quia domino aliter consuli non possit: sed quia fit hoc modo, ut domino, rem suam non evincente pretium apud venditorem maneat, qua ex re ille fiat locupletior; probandum est, etsi alias domino rem evincente pretium apud venditorem maneat; tamen similiter et hic domino condictionem de pretio dandam adversus venditorem. Sic autem manebit, si hoc casu re evicta cesset actio de evictione: quod tunc accidit, cum emptor rem alienam sciens emit. *L. si fun-*
7 *dum, C. de evict.* † Ergo utrumque dominus consequi poterit, et rem ab emptore eam vindicando, et pretium a venditore condicendo? Puto posse. Finge enim dominum in rem agendo prius ab emptore rem suam esse consecutum. Nihil prohibet, quominus postea pretium venditori condicat. Nam hic negotium domini gessit, et ex pretio locupletior est: ut necesse sit et hunc eo nomine negotiorum gestorum actione domino teneri. Dici quidem potest non esse æquum dominum rem suam habere, et rei pretium. *L. si et rem, supr. de her. pet.* sed hoc tunc locum habet, cum pretium rei propter rem petitur; quod fit, cum res petitur, et quia non restituitur, petitur æstimatio. *d. L. si et rem. L. nec ullam, §. pen. supr. de her. pet.* At hic pretium rei venditori condicitur, non propter rem, quam is debeat restituere; sed quia prius ejus rei pretium consecutus sit vendendo, idest, negotium domini gerendo: quo nomine propria actione negotiorum gestorum obligatur, ut id restituat. Ab ea obligatione non potuit eum liberare emptor rem petitam restituendo: quia in eo nec solvit, quod venditor debebat, nec solvit ejus nomine. arg. in *L. qui servum, supr. de inter. L. si quid possessor, supr. de her. pet.* Nec ulla hic fit injuria sive emptori, sive venditori: non emptori, cum res ejus non fuerit; non venditori, ut qui pretium consecutus sit ex re aliena; quod plane æquius est eum habere, cujus res fuit, quam eum cujus res non fuit; cum præsertim hic venditor de lucro certet, non de damno. Finge e converso dominum prius condicere pretium venditori: quid dici potest, cur non possit postea rem suam ab emptore vindicare? neque enim prius rei suæ æstimationem consecutus est, sed negotii sui fructum, qui ad venditorem ex ejus administratione pervenerat. Et posse dominum rem suam nihilominus adhuc a possessore vindicare probat. *L. Stichum, §. dolo, infr. de sol. d. L. nec ullam, §. pen. in fin. supr. de her. pet.* Nec recte postulabit venditor, ne aliter pretium domino restituere cogatur, quam si dominus venditionem ratam habeat, ne emptor inquietetur: hoc enim venditori caveri nihil ejus interest; quod cum fit, nulla hujusmodi postulatio admittitur. arg. *L. is a quo fundus, supr. de pet. her.* Sed quæ de venditore rei alienæ hactenus diximus, de bonæ fidei venditore dicta sunt, et de uno, non de
pluribus. † Quid, si is rem alienam vendidit, 8
qui sciebat esse alienam? an ut possit de pretio a domino conveniri, eadem in eo exigemus, quæ in bonæ fidei venditore: ut scilicet prius ex lucrativa caussa possederit, deinde re vendita amiserit dominus rei vindicationem, ut sic nec res nec pretium possit venditori auferri? an vero statim venditor tenebitur propter malam fidem, nec quidquam intererit, locupletior ex pretio factus sit, an non sit? Et cum in hac specie condictio pretii, quæ adversus venditorem datur, non ex mala fide venditoris nascatur, sed ex negotio gestu. *L. ult. supr. de neg. gest.* non sit autem actio ex negotio gesto, nisi de eo quod ad gerentem pervenit: *L. 2. supr. de neg. gest.* cum præterea hoc ipso in loco nomina-

tim detur hæc condictio adversus venditorem, quia is ex pretio locupletior factus sit; apparet nihil hic proprium statui venditoris bonæ fidei, potius quam ejus, qui mala fide possidet; sed cuicunque rei alienæ venditori aut res ipsa aut pretium potest auferri, ut ne sit ex re aliena locupletior, hunc de pretio, quod ex venditione consecutus est, domino non teneri. Is quidem qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, qualis est is qui mala fide possidens rem vendidit, tenetur domino in rem actione, vel ut rem restituat, vel ut pretium etiam quanti in litem juratum est. *L. sin autem*, §. *si homo*. *L. qui petitorio*. *L. qui restituere*, *supr. de rei vind.* quoniam et hic pro possessore habetur, *L. qui dolo*, *infr. de reg. jur.* At de pretio, quod ex venditione percepit, nulla est actio, qua domino rei teneatur, si id ei, aut res ipsa auferri potest; non enim potest id pretium vindicari, quod nunquam domini rei fuit: nec condici ei, qui locupletior ex re aliena factus non est. Nec dicemus re vendita pretium in locum rei successisse ex *L. si a domino*, *alias*, *si possessor*, §. *si prædo*, *in fi. supr. de her. pet.* hoc enim in rebus hereditariis solum receptum est, quia in his et pretium fit hereditarium. *L. si et rem*, *L. quod si in diem*. §. *sed et is qui*, *supr. de pet. her.*
9 Hæc de uno venditore. † Quid, si plures erunt ejusdem rei alienæ venditores? ut puta, qui primus emerat, eandem rem vendidit alii, deinde hic rursus alii, et tandem res aut periit, aut a postremo emptore usucapta, vel domini consensu in illum traslata est: utrum unus tantum ex his venditoribus tenebitur, et quis, an vero omnes? Jam dixi eos venditores de pretio non teneri, qui ex onerosa caussa rem possederunt. Quare si fingas omnes secundos venditores prius emisse, solus tenebitur primus venditor, qui ex lucrativa caussa possidebat. Quod si proponas duos venditores ejusdem rei, quorum uterque ex lucrativa caussa possederit: consequens erit re postea domino amissa utrumque de pretio pariter domino teneri, quia ambo negotium domini gesserint, et sint ambo ex re aliena locupletiores. Finge eum qui ex caussa legati possidebat rem alienam, eam vendidisse: emptorem primum eam donasse Titio: hunc rursum vendidisse alii; sic deinde rem interiisse, aut esse usucaptam, aut dominum de venditione posteriore consensisse. Dicemus et primum venditorem, qui rem ex caussa legati possederit, et Titium venditorem secundum, qui rem possederit ex donationis caussa, ambos a domino de pretio conveniri posse, ut locupletiores, et qui negotium domini gesserint: idque et vulgo placet, ut Bartolus testatur in *L.* 3, *C. de rei vind.*

Ad L. *Si quis certum*. 24.

Ulpianus *lib. singulari Pandectarum*.

Si quis certum stipulatus fuerit; ex stipulatu actionem non habet; sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

SUMMARIA.

1. *Ex stipulatu agere ambiguum.*
2. *Stipulatus, stipulatio.*

Ex stipulatione certa est condicticia actio, idest, condictio: non tamen omnis sed ea per quam certum petitur; idest, uno verbo, certi condictio. *Inst. de verb. obl. in pr.* Ex eadem stipulatione non est actio ex stipulatu, ut hic scriptum est: quippe quæ solum prodita sit ex stipulatione incerta, ut est in *d. tit. Inst. de verb. ob. in pr.* Sed hoc posterius pugnare videtur cum *L. prædia infr. de act. em. L. si pacto*, *C. de pact.* ubi qui pœnam petit stipulatione comprehensam dicitur eam petere ex stipulatu, et agere ex stipulatu, cum tamen constet pœnæ stipulationem maxime certam esse, *L. si pœnam*, *infr. de ver. ob*, §. *ult. Inst. eod.* Sed et Justinianus in *L. unica*, §. 1. *C. de rei uxo. act.* constituit, ut omnes dotes etiam certæ per actionem ex stipulatu exigantur. † Hæc 1
facile conciliantur cognita horum verborum, *ex stipulatu* ambiguitate. Interdum enim hæc verba nomen actionis exprimunt; interdum significant caussam agendi. Cum his

significatur actionis nomen, vere dicitur actionem ex stipulatu non competere ex certa stipulatione, seu ex stipulatione certa ex stipulatu agi non posse; quia hoc nomine actionis in hoc genere contractus non utimur. Ac de nomine actionis hoc loco agi certum est, ubi actio ex stipulatu opponitur certi condictioni, quæ duæ sunt actiones distinctæ: ambæ tamen pariter ex stipulatione, quod et similiter fit *in pr. tit. de verb. obl. Inst.* At cum his verbis, *ex stipulatu* significatur agendi caussa, tum non minus recte dicitur ex stipulatu agi, cum ex stipulatione certa agitur, quam cum
2 agitur ex incerta. † *Stipulatus* enim verbum stipulationem significat, *L. pecuniæ, in pr. infr. de usur.* ut cruciatus cruciationem, peculatus depeculationem, et similia. Porro sive certa sit stipulatio, sive incerta, quæcunque inde erit actio, semper verum erit eam esse ex stipulatione, idest ex hoc contractu, atque hac caussa; proinde ex stipulatu, cum hoc verbo naturaliter stipulationem significamus. Jam vero notatur hoc verbo hæc agendi caussa in *d. L. prædia, et L. si pacto:* idque non obscure: nam in *L. prædia* agitur de eo, qui agere ex stipulatu potest ac pœnam petere, et agere ex vendito in id quod sua interest id factum esse, de quo convenerat; ubi aperte opponitur, non actio actioni, sed caussa caussæ, idest actio qua ex stipulatione agitur, ei actioni qua agitur ex venditione. In altera autem, idest in *L. si pacto, C. de pact.* proponitur is, qui pactus erat, ut quid fieret, et nisi fieret, et nisi fieret, stipulatus erat pœnam. Quæritur, an si placito statum non sit, possit ex stipulatu agere; ubi apparet hoc quæri, an possit agere ex stipulatione. Similiter et quod Justinianus in *d. L. unica, §. 1. de rei ux. act.* vult actione ex stipulatu dotes omnes exigi, sequentia docent hoc eum sentire, ut dotes omnes exigantur tamquam ex stipulatione, seu tamquam si stipulatio intervenisset. Hoc enim ipse sic interpretatur, cum ita scribit; *Sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non fuerit, ut intelligatur reipsa stipulatio esse subsecuta.* Vide quæ scripsi in eandem sententiam ad *L. si pacto, C. de pact.*

Ad L. *Creditor.* 25.

Idem *lib. singulari de officio consularium.*

Creditor, qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.

SUMMARIA.

1. *Ob restitutionem ædifici qui credidit, in bonis debitoris privilegium habet, et pignus; et vis utriusque.*
2. *Restitutio ædificii quid.*
3. *Caussa beneficii.*

1 Ei qui ad restitutionem ædificii pecuniam mutuam dedit, ad eam pecuniam exigendam et privilegium datum est, et pignus. Privilegium, de quo hoc loco, et *L. 1. infr. de cess. bon. L. si ventri, §. 1. infr. de reb. auct. jud. poss.* Pignus, de quo in *L. 1. infr. in quib. caus. pig. vel hyp. cont.* Privilegium est prærogativa exigendi, qua consequitur creditor, ut cæteris creditoribus quamvis tempore prioribus, dum in personam agentibus, præferatur, *L. privilegia, infr. de reb. auct. jud. pos.* Pignus in hoc proficit creditori, ut non tantum crediti nomine possit agere adversus debitorem, sed etiam adversus omnem ædificii restituti possessorem, ut est natura pignoris persecutionis. *L. pignoris, L. si fundus, §. in vindicatione, infr. de pig.* Pignus etiam ad hoc conducit, ut creditor, qui in restitutionem ædificii credidit, aliis etiam creditoribus quamvis hypothecam habentibus et tempore prioribus præferatur; quia pecunia hic credita salvam fecerit totius pignoris caussam, *L. interdum;* et seq. *infr. qui pot. in pig. hab.* † Restituere ædi- 2
ficium est hic, sublatum reponere ac reficere, *L. cum duobus, §. idem respondit, infr. pro socio.* Cum alioqui restituere generaliter sit in pristinum statum reducere, etiam si quis, quod factum erat, tollat, *L. 2. §. restituas, infr. ne quid. in loc. pub.* † Hæc caussa 3

ideo præcipuum favorem meruit, quia restitutio, idest reparatio ædificiorum, omnisque exstructio pertinet ad decorem et ornamentum urbis.

Ad L. *Si pecuniam.* 26.

Idem *lib.* 5. *Opinionum.*

Si pecuniam militis procurator ejus mutuam dedit, fidejussoremque accepit; exemplo eo, quo si tutor pupilli, aut curator juvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit.

SUMMARIA.

1. ***Procurator domini pecuniam mutuam dando actionem domino acquirit, sive det nomine domini, sive suo.***
2. ***Militi proprie hoc datum, ut acquiratur ei actio ex stipulatione procuratoris, etsi procurator stipuletur ei pecuniam reddi.***

Si pecuniam militis, inquit Ulpianus, *procurator ejus mutuam dedit, et fidejussorem accepit, actionem dari militi, cujus pecunia fuerit, placuit.* De milite nominatim hoc dictum est, ut intelligeremus singulare aliquid hic constitui, quod militi tribueretur, non etiam aliis. Idque etiam ex eo apparet, quod Ulpianus actionem in ea caussa dari ait militi exemplo eo, quo daretur, si tutor pupilli, aut curator adolescentis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit. Quo argumento nihil opus fuerat, si in omnibus dominis idem jus esset, quorum pecuniam procurator eorum mutuam dedisset. Quæritur igitur, quid hic sit in milite singulare, quod in eodem facto non item tribuatur cæteris dominis paganis; quod quærentibus
1 non statim occurrit. † Quid enim dicemus? procuratorem militis pecuniam militis mutuam dedisse ejus nomine, atque ita militi actionem quæsitam esse? Recte dicemus; sed nihil hic proprium militis; nihilominus enim hoc idem fieret in quovis pagano, cujus nomine alius non dico procurator ejus, sed maxime extraneus pecuniam non illius, sed suam dedisset mutuam alteri. *L. certi*, §. *si nummos, supr. eod.* Volumus procuratorem militis pecuniam ejus mutuam dedisse suo nomine, eamque sibi reddi stipulatum? Ulpiani quidem hoc loco sententiam esse apparet hoc casu militi actionem dari; quoniam etsi tutor pupilli pecuniam dedisset mutuam suo nomine, actio acquireretur pupillo, *L. 2. D. quan. ex fa. tut. L. 2. C. eod.* Sed ne hic quidem quidquam proprium militis. Nam etsi cujusvis alterius procurator pecuniam domini mutuam daret suo nomine, quam et sibi stipularetur: tamen et domino utilis actio daretur. Generaliter enim traditur, quod procurator ex re domini stipulatus est, id dominum etiam invito procuratore petere posse. *L. quod procurator, supr. de proc.* Proinde etsi hic procurator eo nomine fidejussorem accepisset, ex eadem regula domino adversus fidejussorem actionem daremus; nam et ea stipulatio, qua fidejussor obligatur, ex re domini est. † Quid igitur 2
hic singulare in milite? Unum illud, quod et Ulpianum sensisse, exemplum additum declarat; si proponatur procurator militis pecuniam ejus dedisse; et nominatim stipulatum esse eam reddi domino suo tam a reo, quam a fidejussore. Nam hoc modo alterius procurator si stipuletur, inutilis sit stipulatio. *L. quæcunque gerimus, infr. de ob. et act.* Idem si faciat procurator militis, utilis actio militi eo nomine dabitur. Quam ad speciem confirmandam potissimum referri debet argumentum tutoris et curatoris pecuniam pupilli vel adulti bis reddi stipulantium, quo Ulpianus utitur. Nam ex ejusmodi conventione pupillo et adulto actio utilitatis caussa datur eodem auctore in *L. eum qui*, §. *si actori, infr. de const. pec.*

Ad L. *Civitas*. 27.

Idem *lib.* 10. *ad Edictum.*

Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt. Alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.

SUMMARIA.

1. *Civitatem mutui datione obligari posse; sed quibus conditionibus.*
2. *Civitatem mutui datione non teneri, quamvis actor civitatis acceperit nomine civitatis, si pecuniæ in rem civitatis versæ non sint.*
3. *Civitas ipsa si acceperit, omnimodo obligatur, et quando videatur ipsa accipere, gerere, contrahere.*
4. *Civitatem consentire posse.*
5. *Civitatem in his quæ ipsa recte enoeta gessit, sic obligari, ut nec restitui ut minor possit.*
6. *Actore civitatis mutuam pecuniam accipiente nomine ejus, obligatur civitas mutui datione. si pecuniæ in rem ejus versæ sint: non ante, et cur.*
7. *Vici. collegia non alio modo obligantur, quam civitas.*
8. *Civitas quibus in caussis exemplo minorum in integrum restitutione utatur.*
9. *Universitates cæteræ ut vici et collegia, non ut civitas in integrum restitui possunt. excepta ecclesia.*
10. *Versam in rem civitatis. pecuniam, creditorem probare debere, et quomodo probetur.*
11. *Actores civitatis pecuniam civitatis nomine accipientes, an et ad quid teneantur.*
12. *Civitatis nomine pecunia data actori municipum, adversus utras actiones suas dirigere. et quomodo in ea re se instituere debeat creditor, ut sibi caveat.*

Paucis verbis tres hic statuuntur sententiæ, quæ non eo tantum distincte proponendæ sunt, ut observentur, sed etiam et multo magis, ut explicentur. Ut enim dignæ sunt observatione; ita et singularem quandam rationem habere videntur, quæ explicanda est. Conceptione autem ipsæ sunt ejusmodi, in quibus multa cavenda sint; alioqui fiat, ut multis modis sint falsæ. Duæ sunt de civitatis obligatione circa pecuniam creditam. Una, quæ docet, ubi civitas mutui donatione obligari possit. Altera, ubi ea datione non obligetur. Tertia est de obligatione eorum, qui civitatis nomine mutuum
1 acceperunt. Singulas ordine expendemus. ✣ Prima igitur sententia hæc est: Civitatem mutui datione obligari posse, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt. In hac hoc præcipiendum est, diligenter cavendum esse, ne quod dicitur civitatem suprascripta conditione obligari posse, sic accipiamus; quasi dictum esset ista conditione civitatem obligari. Neque enim verum est semper hoc modo obligari civitatem. In quo si quæritur, quando pecunia in rem civitatis versa, civitas obligetur, de eo sic habendum est. Interest, utrum ipsa mutuum accipiat, an alius. Si civitas ipsa accipit; obligatur sine dubio tunc cum pecunia in rem ejus versa est; nam etsi versa non esset, tamen, ut existimo, obligaretur; de quo in altera sententia dicendum est. Neque ideo Ulpianus frustra adjecit conditionem, *si pecuniæ in utilitatem ejus versæ sunt*. Tota enim definitio hujus loci ad id mutuum collata est, quod non civitati, sed aliis datum est, a quibus postea pecunia ad civitatem pervenit, ut indicant illa verba; *alioqui ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur*. Quod si alius quam civitas pecuniam mutuam acceperit; requiremus quidem hoc primum ad civitatis obligationem, ut pecunia in rem civitatis versa sit, de quo postea: sed nihil prodest deinde versam esse, ut civitas obligetur, nisi ab initio et qui accipit, actor fuerit civitatis seu municipium, et ei pecunia data sit nomine et contemplatione civitatis. Propone extraneum aliquem pecuniam mutuam accepisse civitatis nomine, eamque etiam in rem ejus vertisse, Non ideo civitas obligabitur ei, qui mutuum dedit; quoniam nec ab illo quidquam accepit civitas, sed

ab eo qui pecuniam in rem ejus vertit; nec enim illo quidquam negotii gessit, consensitve, quo illi obligaretur. Mutuum autem quod dationem desiderat, ut non est sine eo qui det, ita non est sine eo qui accipiat. Idem cum sit contractus, non potest inter aliquos exsistere sine consensu, *L. 1. §. 1. supr. de pact.* At si actor sit civitatis, qui pecuniam accipit, potest hujus facto civitas obligari; quia et potest videri pecunia accepta esse voluntate civitatis, quæ cum constituit arg. in *L. 1. §. item acquirimus. infr. de acq. pos. et L. si institorem, infr. eod.* Sed tamen et hoc ita est, si actori nomine civitatis pecunia mutuo data sit. Quod si ille suo accepit, cum is qui dabat, ipsius nomine daret, non contemplatione civitatis, quantumvis postea pecuniæ in rem civitatis versæ sint, et ille ab initio apud se hoc animo fuerit, ut verteret; tamen solus ipse, non civitas mutui datione obligabitur, *L. cum qui, C. eod.* Ne minor quidem, si pecunia tutori mutuo data sit, et in rem minoris postea profecta, aliter obligatur, quam si nomine ejus data sit, *L. 3. C. quan. ex fac. tut.* Nec mirum id constitui, cum de obliganda civitate agitur; nam etsi quid daratur procuratori, et is non esset hoc animo, ut domino acquireret, placet id domino acquiri non posse, *L. 1. §. per procuratorem, infr. de acq. pos.* Quanto minus dominum obligabit sive actor sive procurator, si in re aliqua contrahenda non est ea mente, ut dominum obliget? Denique in re quæ ex consensu valet, absurdum est alios obligari, quam de quibus inter contrahentes actum est. Sane si pecunia syndici civitatis, ut syndico data sit: satis hoc est, ut videatur nomine civitatis data, et civitas eo facto obligetur. arg. *L. ult. infr. de inst.* Non ergo, ut dixi, statim civitas mutui datione obligatur, quantumvis pecuniæ quæ mutuo datæ erant, in utilitatem ejus versæ sint; sed in eo illæ sunt præterea conditiones, quas supra ostendi. Cui non adversatur definitio Ulpiani. Adversaretur, si scriberet supra scripta conditione civitatem obligari mutui datione. Cum enim generaliter definiret, nec adjiceret aut a quo, aut quo nomine pecuniæ mutuo acceptæ sint, quæ deinde versæ sunt in civitatis utilitatem: sic definitionem accipere deberemus, ut nihil exciperet, *L. metum, §. 1. supr. quod met. cau. L. item veniunt, §. petitam, ver. a quo. supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publician.* Nunc autem observandum est Ulpianum non dicere civitatem mutui datione obligari, si ad utilitatem ejus versæ sint; sed obligari posse. Quæ oratio non est generalis, nihilque amplius exprimit, quam fieri posse, ut hoc modo civitas obligetur: id autem ut verum sit, satis est, si vel una aliqua in specie possit obligari, non in omnibus: si aliquando, non semper. Ita ex his verbis semper hæc quæstio relinquitur: Quando superiore conditione civitas obligetur, semperne et omni modo, an interdum: et si interdum, quando: de quo ante dixi. Unde intelligitur Ulpianum hoc loco non tam ostendere voluisse, ubi civitas obligaretur, quam ubi non obligaretur: Ideo posuisse conditionem, non sub qua vellet civitatem obligari, sed sine qua significaret illam non obligari, quantumvis alia omnia intervenerint in pecunia mutuo data, quæ ad civitatem obligandam facere videbantur. Id quod apertius exprimit postea, cum subjicit, *alioqui civitas non tenebitur:* de qua parte jam videamus. 2 † Secunda hic sententia est, qua definit, si pecuniæ ad utilitatem civitatis versæ non sint, civitatem mutui datione non teneri. Si extraneus acceperit: non mirum, quantumvis mutuam acceperit nomine civitatis. Nam nec si ita acceptam in rem civitatis postea verteret, eam tamen obligare posset alii, cum quo illa non contraxit. Idemque de actore civitatis dicendum est, si is in utilitatem civitatis non vertit eam pecuniam, quam suo nomine mutuam acceperat: quando nec civitas ea datione obligaretur, quamvis pecunia postea versa esset in ejus utilitatem, ut de utroque antea docuimus. Sed etsi actor civitatis pecuniam ab initio acceperit civitatis nomine: ne hoc quidem adeo mirum est, si ea pecunia in utilitatem civitatis non versa, non obligetur civitas. Ut enim curator minoris, sic actor civitatis conditionem civitatis meliorem facere potest; deteriorem non potest, quia hac conditione constitutus videtur: de quo tamen amplius paulo post. 3 † At quid si civitas ipsa mutuum acceperit? quid si nominatim mandavit, ut mutuum acciperetur ab eo, qui dedit? an exspectabimus, dum pecuniæ versæ sint in rem civitatis, et si versæ non sint, civitas non tenebitur? de quo variæ sunt et dissidentes interpretum sententiæ. Ego cum Bartolo existimo, si civitas ipsa pecuniam acceperit, illam non minus quam privatum quemvis statim obligari: nec referre, utrum pecunia in rem ejus versa sit, an non sit. Sed videndum, quando illa accipere et contrahere intelligatur. Et nemo negaverit esse aliqua, quæ sint propria civitatis: ut cum facta erunt, vere dici possit illa civitatem ipsam fecisse, non alios nomine civitatis. Hujus generis sunt, magi-

stratuum municipalium creatio, et legum municipalium constitutio. Creantur magistratus municipales, cum municipes rite et solemni more convocati suffragiis suis aliquos designant, quos velint esse magistratus. Conditur lex municipalis, cum eodem modo coacti cives constituunt de re aliqua ad civitatem pertinente, quid fieri velint. Quæ cum facta sunt, omnes intelligunt, et ita loquuntur, civitatem magistratus creasse, et legem constituisse: alioqui neque magistratus, neque hæ leges tenerent omnes. Dicendum est igitur et tunc civitatem mutuum accipere et contrahere videri, cum ita coacta est, ut solet coire in magistratibus creandis, et legibus condendis: atque ita coacta eodem consensu decernit, ut mutuum accipiat ab eo, qui dat: accipiat autem per eum, cui ut acciperet, negotium dedit. Sed etsi in eodem conventu nominatim constituat actorem, eique mandet, ut pecuniam mutuam aliunde accipiat, et exsistat deinde aliquis, qui hoc mandatum secutus det pecuniam actori: ipsa civitas mutuum accipere recte dicetur: gerit enim, qui mandat geri, et facit, quisquis facit per alium. *L. 5. §. gessisse, infr. de admi. tut. L. 1. §. ait, infr. unde vi.* Quod si ordo tantum decurionum accipiat, aut actor ab his constitutus, ut solent plerunque actores ab his constitui, *L. 3. et 4. supr. quod cujus. univ. nom.* non videbitur civitas contraxisse, sed magis administratores et actores civitatis. Hoc igitur sentio: cum civitas ita mutuum accepit, aut mandat accipi, ut supra dictum est, eam mutui datione statim obligari: nec debere creditorem esse solicitum, quam in rem ea pecunia vertatur; sed quamcunque in rem versa sit, cum civitate ex ea caussa quandoque agi posse. Hoc ita statui necesse est, si civitatis ea persona est, quæ obligari possit, et in hac acceptione ea facit, ex quibus mutui obligatio oritur, nec in eo alienum consilium seu auctoritatem desiderat. Civitatis eam personam esse, quæ ex delicto et ex contractu obligari possit, constat. De delicto est in *L. metum, §. animadvertendum. 5. quod met. caus.* De contractu est hic locus, ubi diserte scriptum est, non alios nomine civitatis, sed civitatem mutui datione obligari posse. Quæ ad mutui obligationem pertineat, videamus. Mutuum duabus rebus perficitur, rei datione, et dantis atque accipientis consensu in hoc, ut sit mutuum. Horum utrumque intervenire palam est, cum mutua pecunia datur eo modo, quo supra dictum est, vel civitati, vel his quibus civitas dari voluit: nisi quis dicat hæc in civitatem non cadere: quod non ita est. Nihil interest possessionem alicujus rei accipiat civitas, an res cæteras. At municipes possidere et usucapere posse convenit: idque eis non solum per servum, sed etiam per liberam personam cui acquirendi potestatem dederint, *acquiri. L. 2. infr. de acquir. pos.* Proinde et mutuam pecuniam per hos ipsos accipere possunt, ut eam sibi acquirant, et mutuam sibi habeant. † Civitatis autem certum consensum esse in rebus gerendis hæc probant: 4
Nam municipibus restitui ex Trebelliano hereditas potest: his heredibus institutis acquirere hereditatem permissum est: licet et his delatam sibi bonorum possessionem petere. *L. 1. infr. de libert. universitat. L. L. omnibus, infr. ad Trebell.* quæ omnia geruntur consensu. Quid, quod licet civitati legem municipalem condere? *L. 3. §. plane, infr. quod vi aut clam:* in quo multo certior consensus atque auctoritas civitatis cernitur, cum nusquam magis consensu et consilio opus sit, quam in ferenda lege. Unde lex, virorum prudentium consultum dicitur a Papiniano, et communis Reip. sponsio. *L. 1. supr. de legib.* Huc pertinet, quod civitatem vim facere posse, et eo facto illam teneri non minus quam privatos, scriptum est in *d. L. metum, §. animadvertendum, supr. quod met. caus.* Quod non eo a me nunc affertur, ut sit argumentum, si civitas delinquendo obligatur, etiam contrahendo eam obligari, ut quidam argumentantur, arg. *L. omnem, sup. jud.* In promptu enim esset reprehensio: cum minores ex delicto ita obligentur, ut nec his in hac caussa subveniatur; quibus tamen placet in contractibus subveniri, ne læsi teneantur. *L. si ex caussa, §. nunc videndum, supr. de minor.* Sed hoc statui eo spectat, ut intelligatur citatem consentire posse non minus quam privatos: alioqui nec vim facere putaretur, aut obligaretur faciendo. Nam nec inter privatos hi tenetur ex maleficio, in quibus nullum judicium, aut consensus est, ut impuberes, qui doli capaces non sunt. *L. impuberem, infr. de furt.* In summa cætera gerere consensu civitas potest: quare et mutuum accipere consensu. Quo contractu posito necesse est et eam obligationem sequi, quæ ex mutui datione nascitur. *Inst. quib. mo. re cont. obl. in princ.* † Atque hoc ita, 5
nisi in civitate non satis firmum judicium est, ut necesse sit eam alieno consilio regi ac propterea dici debeat, ut minoris, sic civitatem in rebus gerendis propter infirmitatem consilii aut non obligari, aut obligatam in integrum restitui posse. Sed in civitate

quæ solemniter ita coacta, ut diximus communi consensu quid decrevit, hoc dici non potest. Non enim indiget alieno consilio in rebus gerendis, quæ in his consilium aliis subministrat: nec consentaneum est eam regi ab aliis, quæ regit alios, quæque aliis legem et morem imponit. Et sane si ita coacta communi consensu legem ferre potest, quæ etiam singulis necessitatem afferat parendi: quanto magis eodem consensu ipsa sibi necessitatem solvendi imponere potest, ubi non singuli, sed universitas ipsa obligetur? Huic sententiæ video duo opponi: hunc locum, et quod alibi respublica minoribus comparatur. In primis urgetur a quibusdam hic locus, in quo ita scriptum est: *Alioqui*, id est, si ad utilitatem civitatis pecuniæ versæ non sint (nam contrariam conditionem prius posuerat) *civitas non tenebitur*. Sed ne quis moveatur hoc loco, proprius est, ut is pro superiore sententia faciat, quam ut ei adversetur. Non enim Ulpianus simpliciter ita scribit: alioqui civitas non tenebitur; sed hoc modo: *Alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur*. Ex quibus verbis intelligitur agere Ulpianum non de eo. mutuo, quod civitati datum sit, seu quod civitas contraxerit; sed de eo. quod alii contraxerint nomine civitatis: ac de eo quæsitum esse, an ea datione civitas obligari posset, si forte fingeres actori civitatis esse datum: respondisse Ulpianum sic posse eam in hac caussa obligari, *si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sint*. **Sin minus**, *ipsos qui contraxerunt, teneri*, **non civitatem**. Quid ergo, si civitas contraxerit? Magis est, ut hinc colligi debeat civitatem suo. facto, obligari, nec in eo adhibendam esse superiorem conditionem: alioqui frustra de aliis, qui ejus nomine contraxerunt, caveretur; cum generaliter ita dici debuisset, *alioquin civitas non tenebitur*. Id quod si quis ex hoc loco aperte effici contendet, concedi poterit; sed hac lege, dum ille vicissim fateatur multo minus ex eo effici, quod volunt, cum ipsa civitas, non alii contraxerunt, civitatem non aliter teneri, quam si pecuniæ versæ sint in ejus utilitatem. Si quid superiori adversatur, est id maxime, quod de reipublicæ jure traditum est, cum in *L. pen. C. quib. ex caus. majo.* tum in *L. pen. C. de jur. reip. lib.* 11. In illa hæc definitio est: *Respublica minorum jure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest.* in posteriore amplius etiam quiddam civitati tribui videtur his verbis: *Rempublicam ut pupillam extra ordinem juvare moris est nostri.* Illic minoris loco respublica habetur: hic etiam loco pupillæ. Constat autem, si minor pecuniam mutuam acceperit, eum in integrum restitutionem desiderare posse, si pecuniam perdiderit. *L. verum*, §. *item quæritur, sup. de min.* Quod si etiam pupillus sine tutoris auctoritate acceperit, neque locupletior sit factus: is nec jure ipso obligatur. *L. obligari, infr. de auct. tut.* Quapropter et reipublicæ quæ mutuum acceperit, si pecuniæ in rem ejus versæ non sint, ex superioribus constitutionibus idem tribuendum est. Ac ne quis ro nunc confugiat, ut dicat has constitutiones esse de republica scriptas, ideo ad civitates non pertinere, arg. *L. bona*, *L. eum qui, infr. de ver. sig.* Reipublicæ verbo in his civitatem accipere debemus. Etsi enim in jure Romano cum publicum absolute dicitur intelligitur id proprie, quod est populi Romani, non quod cujusque civitatis: *d. L. bona*, *L. eum qui, de ver. sig.* tamen cum conjunctim dicitur respublica, sic usus ejus juris est, ut quæque civitas fere hoc verbo significetur. et ad civitatem designandam dicatur prope frequentius respublica, quam civitas, teste sunt hi loci ex innumeris. *L.* 3. *supr. quod cujus. uni. L.* 3. §. *plane*, *L.* 5. §. *item ait, infr. quod vi aut clam, L. Titio, infr. ad munici. L. ult. C. de jur. reip. lib.* 11, *L.* 1. *C. de ven. reb. civi. eod. lib. L.* 1. *C. de debit. civi, eod. lib.* ubi respublica bis nominatur, cum tamen titulus indicet agi illic de debitoribus civitatum. Cumque hæc verbi hujus appellatio est in aliis locis: tum vero maxime in superioribus definitionibus ex sententia auctorum accipienda est. Posterior enim constitutio relata est in *d. tit. C. de jur. reip.* in quo sub reipublicæ verbo de civitate agi non solum ex aliis rescriptis ejus tituli intelligi potest, sed etiam aperte ostendit *L. ult. eod.* quæ et reipublicæ significatio constanter servatur in tribus titulis sequentibus ejusdem libri. Sed ut hoc in illis definitionibus de significatione verbi reipublicæ concedamus: tamen ne sic quidem ei sententiæ, quam posuimus, adversari reperientur. Nam utraque definitione in summa hoc efficitur, rempublicam seu civitatem minoribus et pupillis una hac in re comparari, ut quemadmodum minores in integrum restitui possunt, si quid cum illis gestum sit, sic possit et civitas. Hoc ipso maxime confirmatur, si quid civitas contraxerit eo modo, quo diximus, statim eam jure ipso obligari, quamvis pecuniæ in utilitatem ejus versæ non sint. Non enim locus esset extraordinario auxilio restitutionis, nisi prius esset jure communi obligata. *L. in caussæ*, 2. *supr. de min.* ut appareat in contractibus eam quoque comparari

iis sive minoribus, sive pupillis, qui et ipsi contrahentes obligentur: quod fit cum adolescens curatorem non habens solus contrahit, aut curatorem habens contrahit cum curatoris auctoritate: *L. 3. C. de in integ. rest. minor.* pupillus autem semper tutore auctore. *d. L. obligari, infr. de auct. tut.* Concedamus igitur ut istus ex suis contractibus, sic et civitatem cum obligari cœperit restitui posse; tamen semper illud manebit, quod diximus, civitatem quæ contraxerit, etiam si locupletior facta non sit, statim obligari. Nec quisquam putet nihil referre, utrum dicatur civitas non obligari ab initio, an cum summo jure obligata fuerit, dicatur posse restitui. Etsi enim nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur; *L. nemo. supr. de in integ. rest.* tamen hoc ita est, si quis intra tempora constituta restitutionem postulet; post quæ tempora excluditur. Qua de caussa et qui jure prius obligatus fuerat, nunc perpetuo et omni jure obligatus manet: quod non fit in eo, qui ante nunquam fuit obligatus. Prima reipublicæ seu civitati semper continget, non posterius, si eam extra ordinem restitutionis auxilio juvari dixerimus. Nam intra quadriennium recte implorabit integrum restitutionem; post quadriennium excludetur ex constitutione Justiniani. *L. ult. C. de temp. in integ. rest.* Nec exspectabimus donec civitas desinat esse civitas, ut inde ei cedat restitutionis petendæ tempus ut in minoribus ad eam rem exspectamus, donec minores esse desierint. Alioqui perpetua esset in integrum restitutio civitati, nec jam restitutionis auxilium quidquam differret ab eo jure, quod est eorum qui nullo modo tenentur; sed tempus restitutionis civitati statim cedet ex eo tempore, quo contraxit: quæ et sententia vulgo recepta est, eademque confirmata in *c. 1. de in integ. rest. in vi.* Ego autem amplius puto ubi civitas ita coacta, ut dixi, de sententia communi decrevit mutuum accipi, et ita accipit vel per se, vel per eos quibus id negotium dedit, sic eam jure obligari, ut nec possit restitui in integrum, quamvis non doceantur pecuniæ versæ esse in ejus utilitatem; idque adeo existimo superioribus sententiis effici. Dicitur enim civitas auxilium restitutionis implorare posse; sed ita, ut in eo utatur minorum jure. Dicitur extra ordinem juvari solere; sed ut pupilla. His adjectionibus declaratur civitatem exemplo minorum in his caussis restitui posse, in quibus propter infirmitatem vel ignorantiam alieno consilio et prudentia indiget ad res gerendas (hæc enim res minoribus in integrum restitutionem tribuit. *L. 1. supr. de min.*) in quibus autem civitas alieno consilio non indiget, exemplum ipsum facere, ne ei restitutionis auxilium tribui debeat. Tunc autem civitati curatorum actorumve auxilio et prudentia opus est, cum quid illa omittit, aut si quid geritur, geritur per curatores et actores, civitate nihil nominatim de eo cavente. At cum ipsa recte et solemni more coacta quid constituit: hic illi non magis alieno consilio et prudentia in eo est opus, quam tum cum legem fert, aut creat magistratus, ut supra ostendi. Nec multum referre putandum est, utrum habeat civitas suos actores vel a se vel ab ordine constitutos, et sine his pecuniam accipiat. Ab his enim aut horum auctoritate res geri debet, cum civitas ipsa non gerit. At cum illa rem ad se revocat, hic non est quærenda actoris vel alterius cujusquam auctoritas. Neque in hac re civitas recte comparabitur minoribus, qui curatorem habent, ut sine his nihil recte geratur, ut est constitutum *L. 3. C. de in integ. rest. mi.* Minores enim sive curatores habeant, sive non habeant, nunquam tamen ita sapiunt, quin eorum auxilio et consilio egeant: et cum habent, semper curator prudentior habetur. Unde non ipsi sibi constituunt curatores; sed his ut imperitioribus lex dat, aut magistratus. Civitas autem etiam quæ actores habet, major est et prudentior actoribus et curatoribus suis quibuslibet. Argumento est, quod actores ipsa sibi constituit, non ab aliis constitutos accipit, ipsaque in eo sibi lex est: major autem et prudentior, qui constituit, quam qui constituitur. Sed et major ac prudentior qui regit, quam qui regitur. Porro regit civitas actores suos, cum ipsi visum est; non autem ab illis regitur, nisi tunc cum rerum administrationem illis permittit. † Quando 6
igitur obligabitur civitas mutui datione, non tamen aliter, quam si pecuniæ in utilitatem ejus versæ sint? Cum fiet, quod hic significatur: cum videlicet alii contraxerint, quam civitas; hi tamen, qui facto suo civitatem obligare potuerint, qualis est syndicus seu actor civitatis, et hi nomine civitatis aut tanquam actores contraxerint. His ita pecuniam accipientibus obligabitur civitas; sed ita si pecunia in rem civitatis versa sit, ut hic scriptum est; eodem exemplo nimirum, quo et pecunia tutori vel curatori minoris nomine ejus mutuo data, placet personalem actionem in minorem dari, si in rem ejus pecunia profecta sit, ut est in *L. 3. C. quan. ex fac. tut.* Nam tutor pupilli, curator furiosi vel adolescentis, item actor municipum in eadem

caussa habentur, cum de administratione rerum pupilli, furiosi, minoris, vel municipum agitur. *L. cum qui*, *§. si actori, infr. de const. pec.* Itaque ut tutor et curator domini sunt loco, cum tutelam aut curam gerunt; *L. tutor qui tutelam, infr. de ad. tut.* sic et actor, cum gerit rem civitatis; ex quo est hæc in minorem actio ex facto tutoris vel curatoris; in civitatem autem ex facto actoris. Sed cur non obligatur statim civitas, cum actor ejus nomine pecuniam accepit, cum videri possit voluntate civitatis accepisse; quæ eum dedit; ut de exercitore. et domino diceremus, si magister navis, aut institor pecuniam mutuam accepisset in eam rem, cui præpositus erat, quamvis is nummos postea in usus suos convertisset? *L. 1. §. non autem, ver. unde Ofilius, infr. de exer. L. habebat, infr. de inst.* Eo fit, quia aut constituitur actor ab ordine non a civitate, ut fieri posse traditur *L. 3. supr. quod cujus. universit.* aut si civitas ipsa dat, quod suo jure potest: *L. 2. quod cujus, universit.* tamen constituit eum generaliter: quod cum fit, hactenus dari intelligitur, ut meliorem conditionem civitatis faciat, non ut deteriorem. Nam et generaliter rerum pupilli administratio tutori committitur lege, aut a magistratu; et generaliter curatori administratio rerum adolescentis: neque hi tamen pupillum aut adolescentem pro suo arbitratu obligare possunt; sed ita, si sit in rem eorum, quod geritur. *d. L. 3. C. quan. ex fac. tut.* Quippe his omnibus administrare et procurare permissum est, non perdere. *L. qui fundum*, *§. si tutor, infr. pro em. L. 3. §. plane, infr. quod vi aut clam.* Plane si actorem constituerit civitas nominatim in hanc rem, ut pecuniam mutuam acciperet, aut nominatim in rem aliam ad quam mutua pecunia esset opus; dicendum est, si quis in hanc caussam crediderit actori, statim civitatem consensu suo obligari, exemplo exercitoris et domini, quorum magistro vel institori pecunia mutuo data esset ejus rei nomine, cui hi præpositi erant, *d. L. 1. §. non autem, infr. de exer. L. cuicunque*, *§. non tamen, L. habebat, infr. de inst.* Unde hoc casu in eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem præposuit, utilem ad exemplum institoriæ dari actionem scriptum est in *L. in eum, infr. de inst.* quod et in civitate servandum est. Quid, si pecunia actori mutuo data casu amissa sit prius, quam in eam caussam converteretur, in quam accepta est? Satis civitas locupletior facta intelligitur, si in caussam necessariam accepta est: veluti, ut rem civitati necessariam emeret, quam necessario de suo erat emptura. *L. in pupillo, infr. de solut.* proinde quasi pecunia in rem ejus versa tenebitur. Ex his judicari potest, quod hic dicitur de mutui datione, referri debere ad omnes caussas, ex quibus obligatio nascitur; ut si quidem civitas ipsa contraxerit ita coacta, et eo modo quid decernens ut diximus, ipsa statim obligetur, nec quæratur in eo, an sit locupletior necne; veluti si vendiderit quid, aut emerit aut permutarit. Sin ejus actores id fecerint, non aliter ipsa obligetur ex eo contractu, quam si quod inde quæritur, versum sit in ejus utilitatem, puta pretium, re ab actoribus vendita; aut ex eorum emptione res empta quæsita civitati.
† Sed et quod de civitate hic dicitur, 7
multo citius in cæteris universitatibus, ut vicis et collegis probandum esse dixeris; ut si ipsæ ita coactæ, ut solent, cum de rebus universitatis in commune aliquid constituere volunt, quid communi consensu contraxerint, gesserint, eo facilius obligentur, quo citius et facilius convenire possunt. Ubi autem actores earum contraxerunt, nullo certo et speciali mandato in eam rem præcedente: obligentur illæ quidem, si mutuum illarum nomine datum, et pecunia in earum utilitatem versa sit, quasi et in hoc consenserint, cum actorem dederunt; sed si non sit versa, non magis obligentur, quam civitas: quasi nec hoc mandarint actoribus, ut se spoliarent. Illud tenendum est, cum dicimus civitatem non obligari, si in ejus utilitatem pecuniæ versæ non sint, id hanc vim habere, ut nec jure obligetur. Neque enim convenit quenquam ex alieno facto sine sua voluntate obligari. *L. 1. L. 3. C. ne ux. pro marit.*
L. 1. C. ne fil. pro pat. † Quæ res facit, 8
ut nec sit civitati ad eam obligationem infirmandam in integrum restitutio necessaria, *L. in caussæ, 2. supr. de minor.* Ex quo apparet, quod traditur, rempublicam seu civitatem minorum jure uti; ideoque restitutionem implorare posse: *d. L. pen. C. ex quib. caus. ma.* id locum non habere in contractibus: ubi si quid civitas ipsa contraxerit, effectum est eam obligari sine ulla spe restitutionis: idemque probandum est, si administratores reipublicæ contraxerint, et pecunia versa sit in rem civitatis. Quod si actoribus civitatis contrahentibus pecunia in ejus utilitatem versa non sit, ita ea non obligatur, ut nec desideret in integrum restitutionem. Movere nos non debet, quod in superiore definitione non adjicitur, qua ex caussa restitutio civitatis nomine postuletur. Id enim ex vi verborum satis intelligitur:

cum neque semper minores in integrum restituantur, ut cum certo consilio quid gesserunt: et natura non sit locus restitutioni, ubi civitati jure ipso nihil amissum est. Ibi restitutio civitati necessaria est, et recte desideratur, cum negligentia res ejus usucaptæ sunt, aut actiones tempore amissæ. aut cum hereditas aliqua per actores forte quæsita est, quæ et tota, quantum quidem habuit, versa sit in civitatis utilitatem, verum propter æs
9 alienum reperitur damnosa. † Quod in hoc genere auxilii civitati tribuitur, non in eadem caussa habendum est, atque id quod de civitatis obligatione hoc loco traditur. Quod enim placet civitatem ex contractibus actorum suorum non passim obligari, sed certis conditionibus, ut in cæteris universitatibus eandem rationem habet, et ex jure communi est: ita ad cæteras quoque universitates recte transfertur. At restitutionis auxilium extraordinarium est. *d. L. in caussa*, 2. *supr. de min.* unde et civitas hic juvari dicitur extra ordinem. *L. pen. C. de jur. reip. lib.* 11. Proinde et jus hic singulare est, quod civitatibus tributum, ad alias universitates produci non debet. *L. quod vero, supr. de legib.* arg. in *L.* 3. §. *sed utrum, supr. de minor.* nisi si quæ etiam in numero civitatum leges habeantur: qualis est Ecclesia: *auth. hoc jus porrectum, C. de sac.*
10 *eccl.* † Postquam aliis nomine civitatis mutuum accipientibus, ita mutui datione obligatur civitas, si pecuniæ in utilitatem ejus versæ sint; si non sint, non obligatur: de onere probationis in hac caussa quæsitum est, si forte creditor cum civitate agat, et hæc neget pecuniam in rem suam versam esse. Res expedita est ex notis regulis juris: nempe ei qui dicit, incumbit probatio. *L.* 2. *infr. de prob.* Creditor autem pecuniam in rem civitatis versam esse dicit: alioqui ejus actio non procederet, ut declaratur hoc loco. Perspicuum est igitur hoc eum probare debere. Quod et confirmatur in persona minoris in *L.* 1. *C. si adv. cred.* Quomodo probabit? uti res cæteræ probari solent: si doceat idoneis testibus, aut instrumentis ex ea pecunia pignus liberatum, aut alias creditori civitatis solutum esse: pecuniam in emptionem alicujus rei civitatis collocatam, aut impensam in exstructionem alicujus operis publici, et si quæ sunt res similes, quæ ad civitatem pertinent. Illæ autem præsumptiones repudiandæ sunt, quibus quidam idem probari volunt: quod administrator fuerit homo diligens et fidus; quod civitas pecunia indiguerit; quod summa pecuniæ parva; aut quod pecunia in conspectu ordinis decurionum seu consilii numerata sit. Nihil horum probat pecuniam in rem civitatis versam: fieri enim potest, ut superiora omnia vera sint, et tamen pecunia in utilitatem civitatis versa non fuerit: quod cum dici potest, satis est ad probationem reiiciendam. *L. neque natales, C. de prob.* Atque hæc de obligatione civitatis. Quid ergo fiet creditori, si aut pecuniam quam actori credidit, versa non sit in utilitatem civitatis, aut id probare non possit? Ipsam quidem civitatem non teneri, saltem absolvi debere certum est. *L. qui accusare, C. de eden.* Num ergo pecunia creditori perierit? Imo qui contraxerunt, tenentur, ut hic scriptum est: de quo sequitur, ut videamus. Tertia ergo hic sententia est de his actoribus, qui nomine civitatis mutuum acceperunt. † Est autem hæc: eos administratores 11
civitatis, qui civitatis caussa mutuam pecuniam acceperunt, si quidem pecuniæ in utilitatem civitatis versæ non sint, solos teneri; sin versæ sint, non teneri quidem solos, quia et civitas obligetur: attamen simpliciter interdum teneri, tametsi non solos, sed cum civitate: ut sic efficiatur eos qui ita contraxerunt, utroque casu teneri creditori, et cum pecuniæ versæ non sunt in rem civitatis, et cum sunt versæ. De utroque amplius cognoscendum est. Vult ergo Ulpianus, si pecuniæ in rem civitatis versæ non sunt, eos actores qui contraxerunt, idest, qui mutuam pecuniam civitatis caussa acceperunt, teneri. Si ageretur de iis, quibus mutuum suo nomine datum est, res esset plana: tenerentur enim sine dubio ii, quorum fidem in mutuo dando creditor secutus esset, et qui in accipiendo huic ipsi fidem suam obstrinxissent: tametsi apud se hoc animo essent, ut eam pecuniam conferrent in rem civitatis. *L. post mortem, in fin. infr. quan. ex fac. tut. L. procurator qui pro, supr. de proc.* et quoniam suo nomine obligati essent, etiam deposito officio teneantur. *L.* 3. §. *in eum, infr. de ad. rer. ad civit. per. d. L. post mortem, in fin. infr. quan. ex fac. tut.* Nunc autem hic de iis agitur, quibus mutuum accipientibus civitas mutui datione obligari potest: Proinde de his, qui actores sint civitatis, et pecuniam nomine civitatis datam acceperint, ut initio ostendi. Nam aliter ex eorum facto non obligaretur, civitas ex mutui caussa, quantumvis pecuniæ versæ essent in ejus utilitatem. *L. eum, qui, C. eod.* Quod cum ita sit: merito quæritur, quomodo hi qui ita acceperunt, teneantur, quamvis pecuniæ in utilitatem civitatis versæ non fuerint. Et quidem ego, quod in hac quoque parte di-

ligenter cavendum sit, puto eos mutui datione seu ex mutui caussa teneri non posse. Etsi enim his pecunia numerata est mutui nomine, quod est proprium mutui: tamen nihil agit numeratio ad mutuum contrahendum inter aliquos, nisi hoc ipsum agitur, ut qui accipit, ex ea caussa obligetur. *L. non omnis, supr. eod.* constat mutuum numeratione; sed constat etiam consensu. *L.* 1. §. 1. *supr. de pact.* ut inter quos non id agitur, ut sit mutuum, nec inter eos mutui obligatio contrahatur. At cum creditor pecuniam mutuam dat actori municipum nomine civitatis, hoc ipso non dat nomine et contemplatione actoris, neque ut cum illo contrahatur mutuum, sed solum ut cum civitate. Quapropter creditor eum ex mutui caussa sibi obligatum habere non potest: quod apertius responsum est in eo creditore, qui pecuniam procuratori contemplatione domini mutuam dedit, in *L. si pupilli*, §. 1. *supr. de neg. gest.* Et generaliter dicendum est, quod alicujus rei vel personæ caussa fit, hoc ipso alterius rei vel personæ caussa fieri non videri. Unde cum in edicto de deposito actio in duplum daretur de eo quod tumultus, aut incendii caussa depositum esset: incendii, et cæterarum caussarum gratia depositum Ulpianus sic accepit, quod esset depositum ab eo, qui nullam aliam caussam deponendi haberet: ut quoties unius alicujus rei caussa fieri quid dicitur, hoc ipso cæteræ res removeri intelliguntur. Ac ne quis dubitet, cum actori civitatis pecunia contemplatione civitatis mutuo data est, actorem ex mutui caussa non teneri: fingamus actori pecuniam mutuo datam non nominatim nomine civitatis, sed actori ut civitatis actori, et rem civitatis agenti: etiam tum dicendum est eum suo nomine non teneri. Nam nec institor; cum quo nominatim ut cum institore et rem agente domini quid contractum est, eo nomine obligatur. *L. ult. infr. de inst.* uti nec actor municipum, si quid ex officio solvi constituit creditoribus civitatis, aut ex rebus civitatis publice quid vendidit, aut locavit. *L.* 3. §. *in eum. infr. de adm. rer. ad civit. pert.* Nec quidquam ad rem pertinet exemplum *L. si pupilli. in pr. supr. de neg. gest.* ut probetur, cum pecunia actori, aut tutori mutuo data est nomine civitatis vel pupilli, illic actorem tutoremve ex caussa mutui obligari: quo tamen loco ad hujus sententiæ probationem vulgo uti solent. Atque haud scio, an sit ei sententiæ quidquam magis contrarium. Etsi enim illic proponitur creditor gessisse negotia pupilli, qua ex re etiam dicitur tutor eo nomine teneri negotiorum gestorum: tamen hoc eo fit, quia nominatim proponitur negotium gestum esse, pupilli quidem, sed contemplatione non pupilli, verum tutoris, ne is tutelæ judicio teneretur: contra quam nunc factum proponimus. Deinde quia negotio pupilli gesto contemplatione tutoris, tamen dicitur tutor obligari negotiorum gestorum. Ex quo intelligitur aut pecuniam illic mutuo datam non esse: cum si tutori nomine ejus data esset, ipse teneretur ex caussa mutui non negotiorum gestorum, quia re ex consensu gesta non sit huic actioni locus: aut si illic mutuum datum volumus, tum magis locum adversus vulgarem sententiam facere: ut qui tutorem mutui datione etiam tunc neget teneri cum pecunia tutori ipsius contemplatione data erit: quod tamen vulgo contra fieri volunt etiam tunc, cum illius contemplatione pecunia data non fuit. Quare hoc, ut puto in proposito constare debet, cum actori municipum pecunia nomine civitatis aut aperte aut; quod idem est, ut actori municipum mutuo data est, actorum mutui datione seu ex mutui caussa creditori non teneri: quia cum eo mutuum contrahi non potuerit sine consensu. Itaque, quod ait Ulpianus, si ad utilitatem civitatis pecuniæ versæ sint; eam obligari posse mutui datione; postea autem subjicit, alioqnin eos qui contraxerunt, teneri; cavendum est, ne in hoc posteriore membro repetamus illa verba, mutui datione: quasi diceret eos qui contraxerunt, mutui datione teneri, tenentur enim, sed non mutui datione, id est, non ex mutuo. Nisi tamen mutui datione interpretemur propter dationem, quæ mutui nomine intercessit, quamvis illa mutuum non contraxerit, neque cum civitate in cujus rem mutuum versum non est, neque cum actoribus, qui suo nomine non acceperunt. Quo sensu non negamus recte dici eos ista datione obligari; sed ubique obligationem mutui et condictionem ex hac caussa removemus. Quomodo ergo tenebuntur actores civitatis, qui hujus nomine pecunias mutuas acceperunt, ubi hæ versæ non sunt in civitatis utilitatem? Et erit adversus eos condictio ob caussam dati caussa non secuta, sive re vera fuerint actores civitatis, sive se esse mentiti sint, cum non essent. Nam cum creditor nomine civitatis his pecuniam mutuam dedit, hæc caussa fuit dandi, ut illi eam civitati mutuam facerent; quæ caussa cum secuta non est, fit locus repetitioni; non ut mutuum ab his repetatur, quod nullum fuit, sed ut quasi ob rem datum, nec res sit secuta. *L. si procuratori infr. de cond. cau. dat.* Duobus

autem modis fit, ut pecunia non fiat civitati mutua, atque hoc modo caussa ob quam pecunia data est, in proposito non sequatur: si vel pecunia in rem civitatis versa non sit, ut hic traditur: vel vere actor civitatis non sit, qui se esse falso affirmavit. Nam hic si postea pecuniam verterit in rem civitatis, potest civitatem sibi obligare ob negotium ejus a se gestum; at eam extraneo creditori invitam facto suo obligare non potest, ut initio dixi. Quamobrem non tantum priore casu tenebitur verus actor creditori condictione ob caussam; sed etiam falsus actor posteriore. De quo diserte scriptum est in *d. L. si procuratori. infr. de cond. cau. dat.* quanquam et hic hoc amplius furtum facit, ut qui pecuniam alienam contrectet invito domino; unde et pecunia ei condici potest condictione furtiva, ut ibidem adjicitur. Utraque autem actio ostendit non recte sentire eos, qui in hac caussa adversus falsum actorem dandam putant actionem de dolo; cum huic locus non sit, quandiu alia competit. *L.* 1. §. *ait, infr. de dol.* Sed videamus, ne adversus actores, qui nomine civitatis pecuniam acceperunt, non intelligat Ulpianus condictionem ob caussam dari: Ait enim eos teneri, qui contraxerunt. Nihil hoc superiori sententiæ adversatur. Nam et qui aliquid ob caussam accipiunt, hoc ipso cum eo a quo accipiunt, aliquid negotii contrahere intelliguntur; hoc nimirum, ut caussa non secuta, quod acceptum est, reddant, *L. si extraneus, infr. de cond. cau. dat.* Quid si dicamus, eos actores, quibus civitatis contemplatione pecunia mutua data est, neque condictione ex caussa mutui, neque ulla alia actione eo nomine teneri? quod quidem confirmari quis putaverit in *L. si pupilli*, §. 1. *supr. de neg. gest.* Nam cum proponeretur procuratori pecunia mutua data esse domini contemplatione, ut creditor ejus, vel pignus ejus liberaretur; illic scriptum est adversus dominum esse negotiorum gestorum actionem creditori; adversus procuratorem, cum quo creditor contraxit, nullam. Sed hoc de eo procuratore dictum esse apparet, qui susceptum negotium implevit, id est, qui pecuniam convertit in rem domini, cujus nomine acceperat; alioqui non teneretur dominus creditori negotiorum gestorum actione. Nos de eo civitatis actore agimus, qui pecuniam contemplatione civitatis acceptam in rem ejus non vertit. Ille implendo id, cujus caussa pecuniam acceperat, condictionem ob caussam a se removet; hic non implendo ei ipsi condictioni locum facit. Ex his puto intelligi, si verus actor quam pecuniam civitatis nomine acceperat, eandem in rem civitatis verterit, hunc creditori suo nomine omnino non teneri. Nam mutuum cum creditore nullum contraxit, ut ostendi. Condictione vero ob caussam, aut furtiva teneri non potest, qui pecuniam recte acceptam in eam rem convertit, in quam acceperat. Actione negotiorum gestorum an hic teneatur, dubitari potuit, quasi in ea datione id negotium gestum sit, quod offici ratione ad eum pertineret. Sed et hac actione non teneri eum actorem, cujus contemplatione pecunia data non est, scriptum est in *d. L. si pupilli*, §. 1. *supr. de neg. gest.* imo vero ne quid necesse sit nos in his aut illis actionibus sigillatim removendis laborare, illic aperte et sine exceptione scriptum est adversus ejusmodi actorem creditori nullam esse actionem. Qua sententia etiam quod dixi de mutuo, hoc videlicet non contrahi cum eo actore, cui pecunia contemplatione civitatis data est, licet obiter, non obscure tamen confirmatur. Quid est igitur, quod Ulpianus ait, si pecuniæ in rem civitatis versæ non sunt, ipsos solos qui contraxerunt, teneri; nisi hoc significat, si pecuniæ versæ sint in rem civitatis, solos qui contraxerunt, non teneri? Quid est autem solos eos non teneri, nisi teneri quidem eos, verum non jam solos, sed cum civitate? Equidem hoc ita recte colligi arbitror: et teneri veros actores qui contraxerunt, etiam tunc cum civitas obligatur, concedendum est. Sed quod diligenter hic quoque moneri oporteat, tenentur nomine civitatis, ut ejus syndici: *L.* 1. §. 1. *supr. quod cujus. univers. nom.* non tenentur suo: omninoque hic de actore idem, quod de tutore aut curatore dicendum est. Tutor pupilli nomine, curator nomine adolescentis vel furiosi recte conveniuntur, et condemnantur: sed ut pro officio, at eorum nomine, quorum tutelam vel curam gerunt, et ideo finito officio non tenentur. *L. post mortem, infr. quan. ex fac. tut.* His similis est actor municipum. *L. eum qui*, §. *si actori, infr. de const. pec.* proinde et in eo idem servandum est, quod et fieri declaratur in *L.* 3. §. *in eum, infr. de adm. ad civil. pert.* Cum ergo Ulpianus proprie de his ageret, qui actores essent civitatis, et propterea civitatis nomine contraherent, ut his contrahentibus civitas mutui datione obligari posset: recte dixit, si pecuniæ ad utilitatem civitatis versæ non sint, hos solos teneri: cum vellet intelligi, si pecuniæ in rem civitatis versæ essent, hos non jam solos, sed cum civitate teneri. Scilicet quia et tunc isti teneantur: sed ut dixi, non suo nomine, ut vulgo putant, sed civi-

tatis ut hujus actores: qua actione post depositum officium neque ipsi, neque heredes
12 eorum tenentur. † Quibus de juris quæstione in hac caussa expositis, habet creditor cum quo de pecunia credita agat, et a quo jus suum persequatur: siquidem de facto constabit, ut sciatur aut pecuniam versam non esse in rem civitatis, aut esse versam, et illi mutuam factam esse. Nam si versa erit, et putabit creditor id se probare posse, tuto aget adversus civitatem, et propter civitatem adversus hujus actores; et contra si constabit aut eos actores civitatis non fuisse, qui se esse affirmarunt, aut cum essent, non vertisse pecuniam in rem civitatis: effectum est hos solos teneri, non civitatem. At quid, si incertum erit creditori, quid horum factum sit: adversus utros diriget actiones, ut sibi recte prospiciat? Et consultum videtur, ne primo agat adversus civitatem, ne si probare non poterit pecuniam in rem ejus versam esse, aut alioquin eam teneri, ipsa absolvatur, ut actore non probante de reo constitui oportet ex regula juris. *L. qui accusare, C. de eden.* Nec ea sententia multum creditori profuerit; si deinde adversus actorem cui pecuniam dedit, experiatur. Non enim idcirco vicit pecuniam in rem civitatis versam non esse, quia civitas absoluta est: cum ideo sit absoluta, non quia pecunia in rem ejus versa non esse, sed quia versam esse creditor probare non potuerit. Ita fit, ut hac absoluta, inanis creditori in priore judicio fuerit labor. Sed et ex ea absolutione alia sunt incommoda. Quid enim, si actor civitatis, cum quo agetur postea, probet se pecuniam vertisse in civitatis utilitatem? is rursum absolvetur, et quidem ita, ut ea probatio nihil prosit creditori adversus civitatem, ut deinde ad eam redeat, et ab ea suum consequatur. Neque enim cum ea quæ hujus pecuniæ nomine absoluta est, de eadem re amplius agi potest, obstante actori rei judicatæ exceptione. Quid, si non probet civitatis actor pecuniam in rem civitatis versam, ac propterea condemnetur? attamen creditori ex priore actione hoc saltem erit incommodum, quod prioris judicii molestiam frustra substinuerit, nec non sumptus in ea lite factos, in quos civitati condemnatus est. Quidam tamen putant cum civitate prius recte agi hoc modo, si creditor eodem tempore denunciet actori, ut sibi adsit, caussamque instruat. Denunciationem hanc ad hoc profuturam: ut si actor monitus adfuerit, probaveritque pecuniam esse versam in rem civitatis, condemnetur civitas creditori ex mutui caussa; si autem non probaverit, cum id ageret, aut caussæ non adfuerit, et civitas ob id fuerit absoluta: tum possit tuto creditor convertere actionem in actorem municipum cum quo contraxit, et pecuniam petere ab eo suo nomine, quasi datam ob rem, quæ res secuta non sit. Idque defendunt exemplo emptoris, qui si de proprietate rei emptæ conventus denunciaverit venditori, ut se defenderet, ac deinde res evincatur, sibi eo modo adversus venditorem de evictione consulit. *L. si parentes. L. empti C. de evict.* Sed vereor, ne hoc consilium non satis sit tutum. Quid enim, si actor creditori non adfuerit: nunc autem cum pecunia ex eo petitur, paratus sit docere se eam in rem civitatis vertisse? non video, cur non sit audiendus, et cur, si id probet, illi fraudi esse debeat, quod creditorem in ea re antea non juverit. Neque enim ut venditor emptorem defendere debet in judicio evictionis, et nisi defenderit, illi evictionem præstare: *L. cum ex caussa, infr. de verb. ob.* ita debet actor civitatis, qui pecuniam accepit civitatis nomine, creditoris caussam agere, quandocunque ille a civitate pecuniam repetet. Nam ut non tenetur re vera, si pecuniam in utilitatem civitatis vertit: ita si quando doceat id factum esse, teneri non debet. Utcunque est, certe de eo juste potest dubitari. Mihi autem in hac re admodum laborandum non videtur. Expedita ratio est creditori suum consequendi si statim adversus actorem, cui pecunia data est, actionem dirigat, quam adversus illum habet, nempe condictionem ob caussam: et petat, ut quoniam pecunia illi data est ob caussam, quæ caussa secuta esse non ostenditur, ipse de ea pecunia restituenda damnetur. Hac actione instituta creditor sine ullo periculo atque adeo sine ullo labore suo ad suum perveniret. Nam si fatebitur actor pecuniam non esse versam in rem civitatis, aut alioqui civitati mutuam non esse factam, ut quia vere ejus actor non esset: procedit adversus eum intentio, et de hac confessus statim creditori sine alia ejus probatione suo nomine damnabitur. Sin dicit, ut actor civitatis fuit, ita et pecuniam in rem civitatis versam esse, eoque se eo nomine non teneri; jure quidem actionem a se depellit, sed cum priora illa dicat, nihil agit, nisi ante illa idonee probaverit. *L. 2. infr. de prob.* nec probaverit tantum in eo judicio, quo nunc cum illo agitur, sed probaverit cum effectu, id est, in judicio, quod deinde creditor adversus civitatem instituet. Id autem, si facit, habet creditor, quod quærebat; mutuum enim civitatis nomine dederat:

et jam illi adversus eam consultum est. Aget enim adversus civitatem; quæ si mutuum agnoscit, solvet; si non agnoscit, convincetur non creditoris opera, sed ejus actoris cui pecunia numerata erat. Si non potest convinci: tum manebit intentio ejus judicii, quod adversus civitatis actorem institutum est; ex quo necesse erit illum condemnari, cum exceptionem suam probare non potuerit.

Ad L. *Creditor.* 28.

Cajus *lib.* 2. *ad Edictum provinciale.*

Creditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem ejus debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit.

S U M M A R I U M.

1. *Pignus obligationem debitoris confirmat, non minuit.*

Prima fronte videri potest creditor qui in pecuniam creditam pignus accepit, eo pignore contentus esse debere in id quod debetur, quamvis pignus non sit idoneum. Nam alias cum pro debito aliud præstatur, placet creditorem eo contentum esse debere, quamvis minus idoneum acceperit: ut, si alium debitorem qui solvendo non est, sibi delegatum admittat. *L. inter*, §. *abesse*, *infr. mand.* Adversus hanc dubitationem est hic locus, et similes, qui ab Accursio colliguntur, creditorem qui non idoneum pignus accepit, non amittere exactionem ejus debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. Et in 1 prompto ratio est. † Est enim plus quam absurdum pignore accepto minus habere creditorem, quam nullo accepto esse habiturus: cum pignus detur, non ut detrahat obligationi, sed ut adjiciat. *L.* 4. §. *si ex conventione*, *infr. de re jud.* ut creditori prosit, non ut noceat: datur enim, quo magis creditori pro debito cautum sit. §. *ult. inst. quib. mo. re contr. obl.* Et quod dicitur, cum pro debito aliud præstatur, debitorem eo contentum esse debere, huc non pertinet. Id enim tunc locum habet, cum aliud præstatur solutionis, seu satisfactionis causa ut declaratur exemplo debitoris delegati. Pignus autem non solvendi causa datur, sed obligationis magis firmandæ gratia. Sane si creditor postea pignora in creditum acceperit, ut his esset contentus: non potest, quod amplius sibi debetur, petere, ut est in *L. a Divo*, §. *si pignora*, *infr. de re jud.* Sed hoc eo fit, non quia pignus ab initio non idoneum acceperit, aut quia pignus prætorium fuerit, quod illic addicebatur; sed quia velut pacto transegisse de cætero videtur, qui pignore contentus fuit, ut ibidem adjicitur: at appareat hunc similem esse illi qui postea sponte pro debito alium reum accepit, quamvis non idoneum. Et constat licere unicuique persecutionem juris sui pacto remittere, ut remittenti non sit regressus. *L. pactum*, *supr. de pact. L. quæritur*, §. *si venditor*, *infr. de æd. ed.* Nos de eo agimus, qui nulla re pro debito accepta, nulla parte crediti pacto remissa, solum removeatur hoc nomine, quod pignus acceperit, et jubeatur eo esse contentus: quod nos absurdum esse dicimus. Cautum quidem est in *L. ult. C. de pact. con.* si mulier pro pecuniis, quas maritus ex nominibus sibi ab uxore extra dotem datis exegit, hypothecas ab eo acceperit nominatim, ut illa sit his ad cautelam suam contempta. Sed hoc aperte eam significationem habet, ut his hypothecis pro omni hypotheca esse debeat contenta, non etiam ut his debeat esse contenta pro debito. Et hoc est: pecunias ex suis nominibus a marito exactas semper mulier in solidum exiget. Sed si quæritur, quas res mariti in eam caussam sibi hypothecæ nomine obligatas habeat: cavet Justinianianus, ut habeat omnes, si in nominibus marito dandis nihil de pignore convenit. Quod si de quibusdam rebus nominatim convenit, ut mulieri pro pecuniis exactis pignori essent: tum jubet illam his esse contentam pro cautela sua, idest, pro omni pignore, in quo cautio debiti continetur. *d.* §. *ult. Inst. quib. mo. re cont oblig.* Sed an non hac parte saltem illa constitutio huic loco contraria videbitur, quod cavet, ut si mulieri, quæ de pignore nihil convenit, omnes res mariti pignori obligatæ sint: quæ autem nominatim convenit,

de quibusdam, ei hæ solæ sint obligatæ? ita enim efficitur, ut conventio aperta de pignore in ea specie mulieri noceat: cum hoc loco constituatur eam conventionem atque adeo pignus ipsum acceptum creditori non nocere, ut qui propter pignus nihil de exactione debitæ quantitatis amittat. Nequaquam vero hæc contraria videri debent. Nemo enim creditor obligationi pignus adjiciendo de rebus jam pactis quidquam minuit, sed eas confirmat potius. At futuris, et iis quæ a lege offeruntur, ea conventione potest obstare: quod tunc accidit, cum pignus tacitum lege creditori defertur hac conditione, si de pignore nihil nominatim sibi caverit. Sic enim fit, ut sibi de eo cavendo, tanquam conditione deficiente, beneficium legis non sentiat, ut in caussa superiore. Cur autem placeat in ea specie pignus tacitum mulieri denegari, si de pignore aperte convenisset, quæri potest. Et visum est non esse iniquum, eam conventionem coerceri, vel ut disceret mulier tam sollicite pignus non expetere a marito, ubi ei de ea re satis lege cautum esset; vel ut auxilio legis proposito, disceret suum consilium legis providentiæ non anteferre; aut si anteferret, suo solum frueretur, legis autem beneficio, quod contempsit, careret. Qua ratione nominatim idem Justinianus usus est in beneficio inventarii iis heredibus denegando, qui neglecta forma ab eo de eo genere constituta deliberationem ex vetere ritu petiissent. in *L. ult. §. sin autem hoc aliquis, C. de jur. delib.*

Ad L. *Si institorem.* 29.

Paulus *lib. 4. ad Plautium.*

Si institorem servum dominus habuerit; posse dici Julianus ait, etiam condici ei posse; quasi jussu ejus contrahatur, a quo præpositus sit.

SUMMARIA.

1. *Ex institoris servi filiive familias contractu tenentur dominus et parter non tantum institoria, sed etiam ex persona sua, quasi jussu eorum contractum esset.*
2. *Institor si in potestate non fuit, is qui præposuit, tenetur institoria ex contractu institoris, non directo tanquam cum eo contractum sit.*
3. *Institoria, an directo utrum conveniatur quis ex contractu institoris sui, quid intersit.*

INSTITOR est, qui tabernæ vel alicui alii negotiationi exercendæ a domino præpositus est: dictus ex eo, quod negotio gerendo instet. *L. 3. infr. de inst. act.* Si quis quid cum institore contraxerit ejus rei caussa, cui institor præpositus est, obligatur is qui præposuit. *L. cuicunque, §. non tamen, infr. de inst.* At cujus ex contractu? utique institoris: unde et actio in eam rem prodita a prætore, quæ institoria appellatur. *§. eadem. Inst. quod cum eo.* † Sed an et ex hac caussa quasi ex suo contractu conveniri potest? Et hic scriptum est, si institorem servum dominus habuerit, etiam ei qui præposuit, condici posse, Id in *§. ult. Inst. quod cum eo.* Sic explicatur, ut dicatur posse ei condici directo: et hoc, *directo*, ibidem prius ita declaratur, ut dicatur posse ei condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Unde intelligimus id hoc loco responderi, eum qui institorem præposuit, non tantum ex contractu institoris servi tanquam ex ejus contractu conveniri posse institoria; sed etiam quasi ex suo contractu, propria conditione: ut illa actione quodammodo conveniatur alieno nomine; hac conveniatur suo. Atqui certum est, quod cum institore contractum sit, id cum domino non contrahi, utpote absente, nec consentiente: alioqui quid opus fuisset novam actionem institoriam adversus eum introducere, cum suo nomine et ex contractu suo teneretur? Quomodo autem ex contractu suo conveniri potest, qui nihil contraxit? Ideo indigebat superior sententia confirmatione: quæ et hic addita est. sed apertius in *d. §. ult. inst. quod cum eo.* Ergo fatentur veteres, si quis cum institore servo contraxerit, re vera cum domino contractum non esse; sed tamen perinde habendum, quasi principa-

liter cum eo contractum esset: idque ideo, quia *quasi jussu ejus contrahatur:* sic enim verba sunt hujus loci. Vel ut scriptum est in *d. §. ult. Inst. quod cum eo,* ideo, *quia jussu ejus contractum intelligitur:* eodem sensu. Quod dicitur, si quid cum institore servo contractum sit, perinde esse, quasi cum domino contractom esset: ex persona servi recte constitoitur. Potestas enim servi, quæ domini est, facit, ut factum servi in contrahendo, factum domini intelligatur, quoties aut quid acquirit servus, aut jussu domini se obligat. *L. ult. infr. de stip. ser. §. ei vero, §. post mortem, Inst. de inut. stip. L. 1. resp. infr. de verb. obl.* et tamen natura semper verum est, servum contraxisse, non dominum: ut sic recte dicatur non dominum contraxisse, sed perinde haberi, quasi contraxisset. Quod autem dicitur, cum servus institor contraxit, quasi jussu domini cum eo contrahi, seu jussu domini contrahi videri: verendum est, ne non item recte dicatur. Non enim quasi jussu domini contrahitur, quod vere jussu ejus contrahitur: vere autem jubet servum contrahere, qui eum institorem dat, idest, qui huic rei præficit, ut contrahat. Hinc Ulpianus in *L. 1. infr.* quod juss. *quodammodo*, inquit, *cum eo contrahitur, qui jubet.* Dixit quidem quodammodo contrahi, quia re vera non contrahitur, etsi jure perinde habetur; sed dixit aperte *qui jubet,* quia etsi cum domino non contrahitur, vere tamen is jubet contrahi, cum dat institorem. Quæ res præbuit caussam Accursio, ut hic particulam *quasi* diceret esse expressivam veritatis. Sed nihil hac interpretationem opus est. Cum contractum est cum servo institora, non male utrumque dici potest: et re vera cum eo jussu domini contractum esse, et re vera non esse contractum; sed videri tantum, seu perinde haberi, quasi jussu ejus contractum esset. Re vera jussu ejus contrahitur, sed ab institore: is enim vere jussus est id facere. Rursum re vera jussu ejus non contrahitur, si de utroque contrahente loquimur: propterea quod solus institor jussus est, non is qui cum eo contrahit: totum autem contractum ex utriusque contrahentis consensu æstimamus. Quare utrum dicamus, in re nihil interest. Utraque autem ratione superiore id exprimitur, quod ex Ulpiano supra retulimus, quodammodo cum eo contrahi, qui jubet. *d. L. 1. infr. quod juss.* Hæc ratio sive verba spectes, sive rem, in dominum qui servum, aut in patrem qui filium quem in potestate habet, institorem dedit, solum convenit. Horum enim solum est jubere: unde et soli ex contractu servi, filiive tenentur quod jussu. *L. in pr. L. 2. §. ult. infr. quod juss.* Cur autem servo contrahente, videatur dominus contraxisse, potestas servi in caussa est; quæ facit ut hujus factum videatur esse factum domini, ut supra dixi: idemque est, si filiusfam. contrahat: *L. ult. infr. de stip. ser.* † Hæc potestas cum nulla sit in eo institore, 2 qui sui juris est: nihil est, cur eo contrahente existimari possit contraxisse is, qui eum præposuit: neque enim eadem persona utriusque videri potest. Non abs re est igitur, quod Paulus hoc loco de institore servo loquitur: et cum ei qui institorem dedit condici posse diceret: nominatim hanc conditionem addidit: *si institorem servum dominus habuerit*, ut intelligeremus hac conditione adversus dominum ex contractu servi directam condictionem dari posse; diversum esse, si de institoris, qui sui juris esset, contractu ageretur. Et certe non factum, aut quæstionem ex facto in persona servi Paulus hic proposuit, ut quis dicat eum persona servi exempli loco uti: sed cum definitione rem complecteretur, conditionem illam adiecit. Inepte, si hac deficiente nihilominus idem juris est. Scriptum quidem ita est in *d. §. ult. in fin. Inst.* quod cum eo, *ei quoque qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet.* Sed quod verbis generaliter dictum est, et sine distinctione eorum, qui institoria tenentur, sententia scribentis ad dominum tantum et patrem referri debet; quod et ex præcedentibus, et ex ratione subjecta plane liquet. Nam prius Justinianus condictionem hanc directam dederat nominatim adversus patrem dominumve ex hac caussa, si quid eorum jussu contractum esset. Nunc dat ex hac quoque caussa, si quis ex institoria aut exercitoria caussa teneatur. Hæc particula *quoque* easdem personas connectit. Ut nihil aliud certe ratio subjecta ad has solum pertinet. Ideo enim ait: *ei qui institoria tenetur, condici posse, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.* Jam dixi proprie dici quid jussu fieri, quod fit jussu ejus cujus in potestate sumus, non aliorum. Sed et illud, quod in *L. si quis mancipiis, §. ult. infr. de inst.* ita scribitur: *ex hac caussa etiam condici posse verum est*, ad speciem quæ illic præcedit referri debet: quod fieri debere demonstrativa particula ostendit, quæ ad proxima refertur. In ea autem specie de institore servo actum erat. Ex ea caussa condici posse verum est, quod et hic ab eodem auctore traditur. Quod si placet id generaliter et absolute definitum esse: non ideo tamen superiori sententiæ adversabitur.

Quia ut verum sit ex contractu institoris condici posse: satis est, si aliquando potest
3 condici, etsi non semper. † Sed si is qui institorem dedit, tenetur ex contractu institoris actione institoria: cui bono quærere, an ei quoque directo condici possit? Quid enim interest, qua actione teneatur, dum eum teneri constet, et creditor ab eo suum consequatur? Vulgo putant nihil amplius hic interesse, quam conceptionem actionis, quæ in eo sit, quod qui institoria agit, propria quidem actione utatur, quæ competeret, si adversus institorem ageretur, sed cum hac adjectione, ut dicat institoriam; qui autem condicit, actione utatur sine illa adjectione: traditum ab Accursio in *§. ult. Inst. quod cum eo. et L. si tamen, §. ultim. infr. de exer.* Atqui omnium consensu hæ adjectiones de peculio, de in rem verso, quod jussu, institoria, et similes diversam actionem non faciunt: sunt enim ejusdem actionis adjectiones, non propria nomina actionum. Ut puta, si filiifamilias negotium gestum est, si quidem sine mandato: ut filius, sic tenetur pater negotiorum gestorum, quamvis de peculio. Si mandatu filii: tenetur pater quoque mandati, quamvis cum adjuncto de peculio. *L. mandati, supr. de neg. gest. L. 3. §. Cui congruit. infr. de pecul.* Idemque in reliquis adjectionibus probandum est. Hac ratione inter actionem institoriam, et directam condictionem ne verbis quidem quidquam intererit, si proprium nomen utriusque, non adjectionem spectamus. Sed nec una utilis dicenda est, altera directa. Nam institoria cum edicto aperte proposita sit: directa est et ipsa, non utilis. Ego in re discrimen esse puto, non in verbis: idque ex his quæ diximus, non difficile intellectu est. Dominus qui institorem dedit, ex hujus contractu tenetur institoria, sed non principaliter; verum ex persona et contractu institoris, et quodammodo hujus nomine. Idem tenetur condictione, sed directo et principaliter: nempe ut ex persona et contractu suo, proinde suo nomine. Utrum horum dicatur, in re ipsa multum interest. Effectus in liberatione institoris cernitur. Finge servo institori accepto ferri a creditore, quod institor promisit; aut creditorem id ipsum, quod servus debuit, ab alio stipulari novandi animo. Utroque modo liberatur servus naturali obligatione, qua tenebatur. Eadem vero opera fit, ut liberetur et dominus institoria: hæc enim ex contractu et obligatione institoris competebat. Principali obligatione sublata, liberantur una quoque et accessiones, et omnes qui ex ea caussa tenebantur. *L. in omnibus speciebus, infr. de sol.* Et quamvis liberato servo maneat etiam adhuc in persona domini civilis obligatio, quæ in persona servi cum nulla esset, in ea tolli non potuit: tamen obligatione naturali exstincta, civilis inutilis constituitur, fitque etiam eo modo, ut liberentur et accessiones. *L. quod si maritus, §. 1. infr. de pec. const. L. Stichum, §. naturalis, infr. de sol.* Itaque si fingeremus in proposito dominum institoria solum teneri, eveniret, ut servo institore ita liberato, ut diximus, una quoque et dominus in totum liberaretur. Quod si etiam domino ex ea caussa directo condici potest, idest, si tanquam ex suo contractu principaliter tenetur, ut eam teneri dicimus: sublata institoris obligatione, manet nihilominus adversus dominum condictio: quia hæc ex alia caussa est, quam ea, ex qua institor liberatus est. Denique duo sunt hic principales debitores, institor et dominus: uterque ex diversis caussis, idest, ex suo quisque contractu separatim obligatus. Uno aliter, quam solutione rei debitæ liberato, non ideo liberatur alter. Neque enim hic duo sunt rei debendi: sive quod non id actum est, ut essent: sive quod in utriusque persona impar est obligatio. In uno naturalis tantum; in altero civilis et naturalis: quod duorum reorum debendi obligationi adversatur. *L. eandem, §. 1. infr. de duob. reis.* Quæ omnia multo planius procedunt, si fingas a patre filium, quem in potestate habet, institorem datum esse, et hunc ex caussa institoria liberatum. Nam hic ut quivis paterfamilias prius obligabatur. *L. filiusfa. infr. de obl. et act.* Plane si institor vere creditori solverit, ita tota tollitur obligatio, ut liberetur dominus etiam condictione: quia non est amplius res, quæ debeatur.

Ad L. *Qui pecuniam*. 30.

Idem *lib. 5. ad Plautium.*

Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo, se ei obstringat.

SUMMARIA.

1. *Promissor qui promisit se pecuniam. quam postea mutuam accepisset, redditurum, neque tenetur pecunia non accepta, nec offerente creditore accipere cogitur, et cur.*
2. *Nec is tenetur accipere pecuniam mutuam, qui se accepturum aperte promisit, etiam si sub usuris.*
3. *Promissor non tenetur, per quem stat, quominus conditio impleatur, si conditio etiam non adjecta ex jure inest.*
4. *Promissor pecunia quam se redditurum promisit, non accepta, ipso jure non tenetur.*

Qui pecuniam creditam accepturus erat, spopondit creditori futuro se eam pecuniam quanta dicta erat, redditurum, nec postea accepit. Observandum est, quid hic secutum proponatur. Non enim postea stipulator se eam pecuniam numerasse dicit, et tanquam numeratam petit: quod si faceret, jure promissorem obligatum esse intenderet; etsi agens removeretur doli mali, aut non numeratæ pecuniæ exceptione. *L.* 2. §. *circa, vers. proinde, infr. de dol. mal. exc. L.* 3. *C. de non num. pecu.* Sed stipulator ultro pecuniam non numeratam confitens, paratus nunc est eam numerare, atque eam etiam offert promissori: verum ille accipere recusat. Quæritur, an is in ea recusatione ex stipulatione obligetur. Et cur non obligetur, dixerit aliquis? cum si pure promisit, constet unumquemque ex stipulatione jure civili statim obligari. §. *de constituta, Inst. de act.* Si sub conditione: perinde sit quasi conditio exstitisset, quia per eum stet, quominus impleatur? *L. in exsecutione*, §. *ult. infr. de ver. ob. L. jure, infr. de cond. et dem.*
1 † Hic traditur promissorem in potestate habere, ne accipiendo se creditori futuro obstringat: idest, in potestate habere, non accipere, et non accipiendo efficere, ne stipulanti obligetur. Quæ sententia vulgo parum liquet: verentur enim, ne pugnet cum ea regula juris, qua traditur renunciare semel constitutæ obligationi adversario non consentiente neminem posse. *L. sicut, C. de obl. et act.* Item cum eo, quod multis locis testatum est, ex hac cautione si stipulator agat, obstare ei doli mali, aut non numeratæ pecuniæ exceptionem. *L.* 3. *L. in contractibus, C. de non num. pec. d. L.* 2. §. *circa, infr. de dol. mal. exc.* Neque enim esset exceptio in hac caussa, nisi adversus intentionem jure civili constitutam. *Inst. de exc.* Sed nihil verius, quam promissorem in ea caussa, quæ proponitur, ex supra scripta stipulatione nullo modo obligari. Quod ut intelligatur, videndum est, quam ad rem cum inde obligari velimus. Et omnino hanc obligationem esse oportet, vel ut pecuniam accipiat, quæ offertur, vel ut promissam reddat. Quod si neutram ad rem obligatus est, omnino non obligatur. Primum hoc ratum esse debet promissorem in proposito ad pecuniam accipiendam non obstringi. Sic enim ad id obligatur, si eam se accepturum promisit. Atqui palam est hoc eum non promisisse: quæcunque enim hic conventio est, sive est pactum sive stipulatio, nihil amplius promisit qui pecuniam accepturus erat, quam se eam summam, de qua convenerat, redditurum: sub conditione nimirum, si accepisset. Quæ conditio si adjicitur, bene est: si non adjicitur, tamen satis exprimitur verbo reddendi: quoniam proprie non redditur, nisi quod acceptum est. *L. verbum reddendi, infr. de ver. sig.* Eaque in hac specie sententia est contrahentium. Hoc enim agebatur, ut reus postea pecuniam acciperet, quam acceptam postea redderet. Hac conditione, si pecuniam acceperit, non promittit quisquam se accepturum: quoniam conditio nihil affirmat, nihil statuit. *L. si quis sub conditione, infr. si quis omis. cau. test.* Quod si quis contendet pecuniam sim-

pliciter et sine conditione hic promissam, quia promittebatur tanquam jam accepta, utpote ab eo, qui se certo accepturum sperabat: etsi hoc non ita est: et aliud pactum esse, ex re ipsa et confessione adversarii apparet: tamen hoc concesso efficitur tanto minus ad accipiendam pecuniam se obstrinxisse eum, qui ne conditionem quidem de ea accipienda interposuerat. Quapropter qui huic loco adversari putant, quod dicitur semel contractæ obligationi renunciare, invito adversario, neminem posse: *d. L. sicut, C. de oblig. et act.* perspicuum est eos qua de re hic agatur, non animadvertere: stipulatio enim proponitur de pecunia accepta reddenda, non de accipienda. ✝ Ego autem amplius
2 existimo, etsi quis aperte promisisset stipulanti se pecuniam mutuam accepturum: tamen ex ea promissione eum non obligari, ut accipiat. Inventæ sunt enim stipulationes, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest; cæterum ut alii detur, nihil interest stipulantis. *L. stipulatio ista, §. alteri infr. de ver. obl.* proinde nec illud, ut mutuum detur promittenti. Sed et illud ad substantiam obligationis pertinet, ut obligetur quis ad dandam aut faciendum alteri, quam sibi ipsi: denique ut inter duos sic constituatur obligatio, ut sit unus, qui præstet, alter cui præstetur. *L. 3. infr. de obl. et act. et d. §. alteri.* At qui mutuum accipit, sibi ipsi acquirit, non alii: quare ut accipiat, obligari non potest. Merito: totum enim hoc ut quis accipiat, accipientis caussa cavetur, non creditoris. Certi autem juris est, licere unicuique iis quæ pro se cauta sunt, renunciare. *L. penult. C. de pac. L. si judex, supr. de min.* Dicet aliquis sic sane debitoris nihil interesse, si hoc solum convenerit, ut pecuniam acciperet, neque redderet: ideoque hoc casu mirum non esse, si accipere non cogatur. At quid si convenerit ut acciperet, et redderet? nonno jam ideo accipere necesse habebit, quia totum hoc non illius solum caussa caveatur, sed et creditoris? Puto neutram ad rem promissorem obligari. Non ad accipiendum: quia in accipiendo, quatenus accipit, alteri nihil præstet sed tibi: tantumque in eo utilitas ejus agatur, non alterius. Non ad reddendum: quia ad reddendum obligatur sub conditione, quæ illo non accipiente deficit: esse autem debet in ejus potestate conditionem hanc non implere, ut postea dicetur. Quid, si stipulatores intersit pecuniam accipi propter usuras? Finge quem promisisse se pecuniam accepturum, et præterea ejus pecuniæ usuras, de quibus inter contrahentes convenit. Ne sic quidem promissorem obligari dixeris, ut pecuniam accipiat: quia ut propter has usuras stipulatoris intersit pecuniam accipi, prius est, ut ad eas usuras præstandas promissor ex stipulatione teneatur: quod secus est. Usurarum enim stipulatio omnis etiam quæ verbis pura est, tamen natura rei tacitam hanc conditionem habet, si sors accepta soluta non sit. *L. lecta, infr. eod.* Itaque tota sorte soluta usuræ non debentur. *L. tutor. §. Lucius, infr. de usur.* Si pecunia mutuo ultro accepta, licet eam statim solvere, et hoc modo efficere, ne et pecunia et usuræ debeantur: multo magis pecunia ab initio recusata, hoc idem promissor consequi debebit propter stipulationis usurarum conditionem: difficilius enim obligatio semel contracta dissolvitur, quam ab initio rebus integris non contrahitur. *L. sicut, C. de obl. et act.* Ita fit, ut nullo modo hic obligetur promissor ad pecuniam accipiendam, qui de ea accipienda nihil cavit: cum etsi id se facturum promisisset, nulla esset obligatio, quamvis et de usuris ejus pecuniæ convenisset. Et quidem de eo nulla hic dubitatio est. Restat, ut si promissor ex proposita stipulatione obligator, obligetur ad pecuniam reddendam, quam et se redditurum promisit. Hoc vero est, quod solum hic habuit dubitationem. Etsi enim natura nemo ad reddendum tenetur, qui prius non accepit: tamen cum hic per promissorem fiat, quominus pecuniam accipiat, juris ratio suadere videtur, ut perinde teneri debeat, quasi accepisset: promisit enim sub conditione, si acciperet. Quoties autem per debitorem stat, quominus conditio impleatur, quasi conditio exstitisset, ita obligatur. *L. jure, infr. de con. et dem. L. in executione, §. ult. infr. de verb. obl.* Et huic dubitationi hoc responso occursum est: quo docemur nihil in hac cautione obesse conditionem, quominus sit in potestate promissoris pecuniam non accipere, et ita consequi ne obligetur. Nec regula superior de conditione est impedimento.
✝ Conditiones enim, quæ etsi non exprimantur, natura rei tacite insunt, pro conditionibus non habentur, et quamvis exprimantur, non tamen reddunt legata conditionalia, multoque minus stipulationes. *L. conditiones extrinsecus, L. aliquando, infr. de con. et dem.* Unde in contractibus: qui nomen non habent, ut permutatione, licet ei, ex contrahentibus, qui nondum accepit, non accipere, et eo facto consequi ex pœnitentia, ne accipiendo obligetur *L. 3. L. 5. in pr. infr. de condict. cau. dat.* cum tamen obligetur hac conditione, si acceperit. *L. ex pla-* 3

cito, C. de rer. pet. Sed hæc conditio et jure inest, cum jure quis non obligetur ex hujusmodi contractibus, nisi ea conditione: Talis est autem hæc: pecuniam reddam, si acceperim. Nam etsi ea non adjiciatur, non possum tamen per rerum naturam reddere, nisi acceperim. Qua ratione in pignore dando placuit non videri pendente obligationis conditione pignus dedisse, qui pecuniam ab aliquo accepturus de pignore cum eo convenit prius, quam pecuniam accepisset: nec similem esse ei, qui eum sit sub vera conditione promissor, pendente ea conditione pignus creditori dedit. *L. potior, L. qui balneum, infr. qui pot. in pign. L. pen.*
4 *infr. quæ res pig. obl. pos.* ✝ Quid ergo? qui pecuniam spopondit creditori futuro, omnino nec ipso jure obligatur, si pecuniam non accipiat, aut non prius quam accipiat? Consequens est superioribus, non obligari: idque et verba hujus loci satis ostendunt. Dicitur enim promissor spondere pecuniam creditori futuro, ut intelligamus non esse creditorem, qui nondum pecuniam numeravit. Aperte etiam dicitur promissor in potestate habere, ne accipiendo se obstringat; quibus verbis declaratur pecunia non accepta, nondum eum obligatum esse, sed obligationem ex ejus potestate pendere. Hoc loco opponuntur illi loci, quos supra indicavi, quibus in hac ipsa specie, cum quis quasi pecuniam accepturus spopondit creditori futuro, nec accepit; placet si ex cautione conveniatur, posse eum se tueri exceptione vel doli mali, vel non numeratæ pecuniæ. *L. 3. L. in contractibus, C. de non num. pec. L. 2. §. circa in fin. infr. de obl. et act.* Qua sententia negari non potest, quin efficiatur promissorem ex hac stipulatione jure civili esse obligatum; nam, ut dixi, non est exceptio nisi adversus actionem jure comparatam. *§. 1. et deinceps. Inst. de excep.* Itaque hic non habet melius Bartolus, quo se expediat, quam ut dicat eum Accursio eum qui pecuniam quam non accepit, promisit se redditurum, jure civili obligari, sed non cum effectu, quia tutus sit exceptione. Sed hæc sententia et his quæ de conditione hujus promissionis disseruimus, et verbis hujus loci satis refellitur. Non laborarent in hac re vulgo, si horum locorum dissimilitudinem observassent, et in his quæ esset differentiæ ratio, satis attendissent. Meminisse enim debemus, quod initio posui, agi hic de eo promissore, non solum qui quam pecuniam ravit se redditurum, eam non acceperit; sed etiam de quo constet eum non accepisse, idque adversarii ipsius confessione: ut qui pecuniam de qua convenerat, numerare paratus esset, eamque nunc offerret. De quo promissore id constet, eum non obligari recte dicimus; nihil enim proponitur ne ab actore quidem, cur obligetur, cum promiserit pecuniam, si eam accepisset: actor autem ipse fateatur eum non accepisse. At in supra scriptis locis, in quibus adversus stipulatorem exceptio promissori datur, licet observare, agi de eo promissore, qui non acceperit quidem et ipse pecuniam, quam promisit, sed tamen cum quo creditor ita agat, quasi pecuniam numerasset; unde et ab illo exigitur, ut a se numeratam probet. Hoc quidem expressum est in *d. L. 3. C. de non. num. pec.* Cum ita agit creditor, sic cum reo agit, ut cum vere obligatio: esset enim vere obligatus, si pecuniam accepisset. Nec ad rem pertinet, quod forte pecunia illi numerata non est, et sibi non esse numeratam dicit; de eo enim non constat, et in re dubia cautio seu chirographum promissoris adversus eum facit: cui jure civili tandiu standum est, quoad aliquid contra probetur. Hinc obligatio et actio juris civilis in re dubia: quam actionem si procedere non velimus, necesse fuit exceptionem proponere. Unde et exceptio prodita pecuniæ non numeratæ, seu doli mali, si de ea numeratione esset controversia. In re certa ipsa cautio se esse inanem ostendit: cum per rerum naturam nulla sit redditio ejus rei, quam non acceperis: ac de ea specie, ut dixi, hic agitur. Itaque qui in hunc locum invehunt disputationem de exceptione pecuniæ non numeratæ, deque obligatione literarum, quibus locus esse non solet, nisi creditore pecuniam ut a se numeratam petente: nihilo convenientius faciunt, quam si hoc loco de commodato et deposito tractarent, quia et hi re fiunt, ut mutuum, aut etiam de quibusvis aliis rebus a proposito alienissimis.

Ad L. Cum fundus 31.

Idem *lib.* 17. *ad Plautium.*

Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset: puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum caussa omnis restituenda sit: idest, omne, quod habiturus esset, actor, si litis contestatæ tempore solutus fuisset.

SUMMARIA.

1. *Mora facta, quæ quibus judiciis præstanda.*
2. *Caussa omnis post litem contestatam præstanda: quid caussæ verbo hic contineatur, et cur sic dicta.*
3. *Judicium acceptum.*
4. *Post judicium acceptum cur adjectum.*
5. *Post moram cur caussa non præstetur.*
6. *L. non potest. D. de jud. explicatur.*

1 Cum † mora a possessore aut debitore facta est, quæri solet, an omnia actori præstanda sint, quæ habiturus esset, si res possessa debitave sine mora ei restituta soluta esset: quo in numero sunt rei pretium, si ea perierit, aut deterior facta sit; fructus et partus: item et quæ rei accesserunt, quæve extrinsecus per servos acquiri possunt. Et pro eo tempore, quod litem contestatam antecedit, non omnia hæc omnibus judiciis seu actionibus præstantur. Pretium quidem rei quod fuit, cum mora facta est, semper debetur et in omnibus judiciis, si res deinde perierit, aut deterior facta sit, *L. illud, supr. de pet. her. L. item si verberatum,* §. *ult. supr. de rei vind. L. cum res,* §. *ult. infr. de legat.* 1. *L. si ex legati, L. nemo rem,* §. 1. *infr. de verb. obl.* Fructus vero et partus, itemque omnes accessiones in bonæ fidei judiciis, nec non legatis et fideicommissis æque ex mora præstantur. *L.* 3. *L. equis, L. usuræ, infr. de usur.* Idem servatur et in judiciis arbitrariis, *d. L.* 3. §. 1. *de usur.* proinde et in actionibus in rem ad exhibendum: nam hæ sunt arbitrariæ. *L. in actionibus, infr. de in lit. jur. L. qui restituere, in fin. supr. de rei vind.* In strictis autem judiciis, quibus id petitur, quod nostrum non fuit, veluti ex stipulatu, placet nos fructus non consequi, quamvis mora facta sit. *L. videamus,* 2. §. *si actionem, infr. de usur.* Cujus sententiæ rationem diligentius exposui et in commentario de fructibus, et in *L. filiusfam.* §. *ult. infr. de verb. oblig.* Quo posito consentaneum videri poterat idem in hoc genere et post litem contestatam admitti. Nam qui judicium accipiendo litigare mavult, quam rem restituere, quid aliud quam moram facit? *L. nemo rem,* §. 1. *infr. de verb. obl.* Sed hoc non placuit. Ne ergo hic nos horum temporum similitu- 2
do falleret, de tempore quod litem contestatam sequitur, sine distinctione rerum superiorum, itemque judiciorum generalis sententia traditur; post judicium acceptum omnem caussam actori præstandam esse: Sententia multis locis pro certo jure a veteribus usurpata, ut hic, et *L. præterea, supr. de rei vind. L.* 2. *L.* 3. §. 1. *d. L. videamus,* §. *si actionem, infr. de usur.* Ea autem significatur, superiora illa quæ dixi, et omnia et omnibus judiciis sententia judicis actori esse restituenda. Quod ita esse, verborum sententia cognita, intelligetur. Vult definitio omnem caussam præstandam esse. Caussam dixerunt veteres id omne, quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res petitæ restituta solutave esset, ut hic explicatur. et *d. L. præterea, supr. de rei vind.* Quibus verbis continentur illa, quæ supra posui; rei æstimatio, si perierit res, aut deterior facta sit; rei petitæ fructus et partus; quod rei petitæ accessit, ut quod per alluvionem accrevit, ut usufructus qui ad proprietatem rediit: tum quæ a servo petito quæsita sunt, quæve quæri potuerunt, *L. illud, supr. de pet. her. d. L. præterea, de rei vind. d. L.* 2. *L. equis. L. videamus* §. *si actionem. infr. de usur.* Caussa sic dicta, ut sit continens pro contento. Caussa pro eo, quod in caussa et lite versatur, seu quod in judicium deductum est. Omnia au-

tem vi ipsa deducta intelliguntur, quæ ex re petita actor, si sibi restituta esset, consequi potuit : quo in numero superiora esse ideoque et illa in judicio versari, ac propterea eorum omnium officium judici simul atque judex, factus est, incumbere Ulpianus vim hujus verbi explicans scribit in *L. ædiles*,
3 *§. item sciendum. infr.* de æd. ed. † *Post judicium acceptum* valet, post litem contestatam. Quod etsi ex aliis locis notissimum est: tamen ne quid necesse sit alios requirere, satis ex hoc ipso ostenditur, cum judicium acceptum Paulus postea vocat litem contestatam. Sed et Papiniani definitio de eadem re ita fere concepta legitur, ut pro his verbis, *post judicium acceptum*, dicat post litem contestatam, *L. 2. et L. 3. §. 1. infr. de usuris.*
4 † Cur ergo hic additur, *post judicium acceptum*, cum et ante judicium acceptum mora facta. superiora illa præstentur? quia ante præstantur, sed non in judiciis omnibus: at post judicium acceptum in omnibus, etiam in quibus ante non veniunt, *d. L. videamus, §.° si actionem.* At hoc si ita est, cur Paulus hoc loco cum diceret post judicium acceptum caussam præstandam esse, adjecit: cum res petita est *per condictionem*, quæ actio est in personam stricti juris? Non utique ut cætera judicia excluderet, quæ sunt bonæ fidei aut arbitraria, quales sunt actiones in rem; quod esset absurdum. cum in his judiciis omnia sint pleniora, et benignius ac prolixius accipiantur; sed ut ostenderet in condictione quoque, idest, in actione personam æque eandem definitionem servari. Quod ideo fecit, quia ejus temporibus non caruit res dubitatione. Sciendum est enim, ut post judicium acceptum id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo res petita est, restituta esset, primum inductum fuisse oratione Hadriani in petitione hereditatis. *L. illud, supr. de pet. her.* Quod jus deinde facile translatum est ad singularum rerum vindicationes: *d. L. præterea, supr. de rei vind.* idque propter similitudinem judiciorum : nam et hæ in rem sunt, itidem ut petitio hereditatis. Qua ratione quod de dolo præterita præstando, in petitione hereditatis juris erat, in speciali in rem actione idem Paulus recipi debere argumentatur in *L. sin autem, §. si homo, supr. de rei vind.* Sed num idem producendum esset et ad actiones in personam, apud veteres dubitatum, et variatum est. Nec abs re. Actione enim in rem petimus, quod nostrum est; condictione id, quod nobis debetur. *L. actionum, infr. de obl. et act.* Res debita, quocunque jure nobis debeatur, semper aliena est, non nostra. *L. 3. infr. de obl. et act.* Neque vero in rebus alienis quantumvis debitis idem juris habemus, quod in nostris. Sed tamen obtinuit et in actionibus in personam idem jus servari oportere: quod testatur Papinianus in *d. L. 2. infr. de usur.* his verbis : *Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam caussa præstetur:* et mox hanc sententiam opinionem vocat. Id ipsum est, quod de condictione, idest, actione in personam et Paulus hoc loco confirmare voluit adversus superiorem dubitationem. Ideo ait se putare in hoc genere caussam præstari: et putare se hoc nos jure uti: quæ omnia verba eorum sunt, qui non de jure aperto, et constituto respondent: sed de eo, quod positum sit in ratione æquitatis, et receptum plurium auctorum sententiis. Atque hanc fuisse sententiam Sabini et Cassii, quæ æquitate solum defenderetur, non constituto jure, idem Paulus testis est in *d. L. videamus, §. si actionem, de usur.* Sic igitur definitio hujus loci exaudienda est, quasi dictum esset: etiam cum fundus, vel homo per condictionem petitus est, tamen hoc jure nos uti, ut post judicium acceptum omnis caussa restituenda sit. Ut jam efficiatur hæc sententia juris certi : post litem contestatam in judiciis omnibus tam in rem, quam in personam caussam omnem actori præstandam esse; idest, illa omnia quæ his verbis contineri supra diximus. † Sed cur potius post 5
litem contestatam, quam ante, si nihilominus et ante mora facta est? Ratio hæc redditur in *d. L. 2. de usur.* quia tale quidque præstandum sit, quale est, cum petitur. Recte: non enim videtur tale præstari, nisi cum re omnia præstentur, quæ res secum allatura esset petitori. Illud ad hæc distinguenda certius videtur, quod supra jam dixi superiora omnia litis contestatione una cum re in judicium deduci: deducta officio judicis injungi, ut præstentur. Ut jam non propter moram, sed quia post judicium acceptum in judicio versari cœperint, ideo a judice æstimari et possint et debeant. *d. L. ædiles. §. item sciendum, infr. de æd. ed.* Atqui hac ratione efficitur, ut quæcunque res judicio petita sit, semper post judicium acceptum omnis caussa, id est, quod in judicio versatur, præstari debeat. Cur ergo in hac definitione concipienda res distinxit Paulus; et addidit; cum fundus vel homo petitus est, id est, species certa? Et quod in genere actionis fecit, hoc idem fecit in rebus, de quibus definitionem concepit: nimirum et in actione et in rebus eas posuit, de qui-

lius major erat dubitatio; ut si in his post judicium acceptum caussa omnis præstanda esset, ex eo liceret colligere de cæteris, de quibus dubitatio erat minor. Res certæ ut homo et fundus, natura admittunt accessiones et detrimenta. Ut si in his intelligimus non solum corpus ipsum rei petitæ præstandum esse, sed etiam accessiones, et detrimenta æstimanda: continuo intellecturi simus in re petita, quæ talis est, ut superiora non recipiat, multo magis caussam esse restituendam; quia in caussa nihil amplius versetur, quam ea ipsa res, quæ verbis in judicium deducta est. Quod accidit, cum petitur id quod interest, id est, pecunia, aut aliud genus, ut vinum ex mutuo. Quo in genere solum præstatur unius temporis æstimatio; *L. ubi, supr. de eden. L. vinum, supr. eod.* sed ideo, quia ea sola in judicium venit: et natura talis est, ut nec fructus pariat, nec recipiat interitum aut deminutionem. At nihilominus verum est, eum illa præstatur, omnem caussam præstari: quia præstatur id omne quod in judicio versatur, et quod habiturus esset actor, si tempore litis contestatæ res petita restituta esset, ut pluribus
6 docuimus ad *L. vinum supr.* † Videamus tamen, ne aut definitio superior falsa sit, aut adversetur ei, quod traditur, non videri in judicium venisse ea quæ post litem contestatam accidunt: ideoque ad hæc consequenda alia interpellatione opus esse, *L. non potest, supr. de jud.* Nam fructus et partus postea editi, item quæ postea accesserunt, quæsitave sunt, omnia post judicium acciderunt: quo fit, ut juxta proximam sententiam eodem judicio obtineri non possint. Sed inter hæc optime convenit. Intelligendum est enim, quod dicitur non videri in judicium venire id, quod post litem contestatam accidit: de rebus principalibus dici, idest, iis ad quas petendas propria actione et interpellatione sit opus; ad accessiones autem rei petitæ non pertinere. Idque ex eo satis intelligitur quod subjicitur: *et ideo nova interpellatione opus est.* Neque enim accessiones propriam actionem et judicium desiderant, ac ne habent quidem: cum præstentur officio judicis. Et merito hæc sententia ad accessiones rei petitæ non pertinet. Nam si res petita in judicium venit, et semper in judicio versatur, necesse est una etiam cum re in judicium venisse, in eoque versari ejus rei accessiones, ut quæ quodammodo rei petitæ partes sint: certe emolumentum rei continent.

Ad §. *Servum tuum.*

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi. Is ex peculio, quam ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus, et Cassius posse te mihi hominem condicere. Sed si quid mihi abesset, negocio, quod is gessisset, invicem me tecum acturum et hoc verum est. Nam et Julianus ait, videndum ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonæ fidei emptori. Quod ad peculiares nummos attinet; si extant, vindicare eos dominus potest. Sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sunt, actio de peculio evanescit. Sed adjicere debuit, Julianus, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum, et quæcunque (si cum libero contraxisset) deberentur, dominus servi præstaret. Idem dici debet, si bonæ fidei possessori solvissem. Si tamen actiones, quas adversus eum habet, præstare domino paratus sim.

SUMMARIA.

1. *Condictio quæ in specie proposita adversus possessorem servi de re illi tradita, quæ domino tradi debuit.*
2. *Lectio notata.*
3. *Dominium transfertur ex falsa caussa quæ subesse putatur, et in venditione si venditor sibi solutum pretium putat.*
4. *Compensationi ubi locus.*
5. *Probat emptionem servi, qui ex ea agit, et qui probat, etiam in solidum adversario tenetur.*
6. *Empti et venditi obligatione quid contineatur.*
7. *Responsi summa.*

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi. Ita servus semper tuus est; ego tantum, bona fide possideo. Is servus ex peculio quod ad te pertinebat, hominem paravit: idest, emit, et pretium de peculio tuo numeravit. Quæ ex re factum est, ut hic tibi ex empto deberetur, non mihi; quod enim servus bona fide possessus acquirit ex re domini sui, id ad dominum pertinet, non ad bonæ fidei possessorem. *L. acquiruntur. §. de his. et seq. infr. de acq. rer. dom. §. de his. Inst. per quas pers.* Verumtamen cum ego servi tui dominus esse existimarer, homo ab illo emptus mihi tamquam domino traditus est: itaque et meus factus est. Si servo ipsi traditus esset, mihi non acquireretur; *L. si servus, infr. de acq. rer. dom.* sed quia mihi traditus est hoc animo, ut in me dominium transiret; ego voluntate venditoris ejusdemque domini dominus sum effectus, non tu. *§. per traditionem, Inst. de rer. divi.* Quæ res facit, ut tu eum a me vindicare non possis, aut ab ullo possessore. *L. in rem, supr. de rei vind.* Sed tamen cum tuus is homo esse debuerit, ut qui tibi ex empto tradi deberet; cum præterea iniquum sit tibi perire tuos nummos, ex quibus is homo paratus est; de utraque re hic quæsitum est. Primum de homine, num quam actionem in personam habeas ejus consequendi caussa et adversus quos: deinde de nummis peculiaribus, num eos possis a venditore cui soluti sint, repetere, et qua actione. De quibus hoc loco ita respondetur, ut statuatur in summa, te hunc hominem propriis actioactionibus in personam posse petere et a me, et ab ejus venditore: nummos autem si extant, a venditore vindicare posse: non tamen impune; et adjicitur quomodo te agente tum mihi tum venditori adversus te consulatur. Responsi autem hic ordo et sententia est: Sabinus et Cassius posse te mihi hominem condicere. 1 Qua condictione? Non indebiti, ut vulgo interpretantur; tu enim

eum hominem mihi non solvisti, ac ne potuisti quidem, cum nec tuus esset, nec tu eum mibi vendidisses; nec potest indebiti condictio alii competere, quam el qui indebitum solvit, et cum quo negotium gestum est. *L. si in area, infr. de cond. ind.* Dices te condictione indebiti usurum ex persona venditoris, qui eum hominem mihi indebitum mihi solvit: venditorem enim ex ea caussa habere adversus me condictionem indebiti; eum autem tibi teneri, ut eam condictionem cedat, ut infra dicetur. Nunc utilius esse vitato circuitu, et non expectata ea cessione te recta ea condictione experiri: non quidem directa, attamen utili. Sed inauditum est, et contra juris formam, actionem alicui quæsitam alteri dari, invito eo, cujus ea est actio, quantumvis is agat, cui eam actionem cedi oporteat; *L. possessio, §. ult. infr. de acq. poss.* usque adeo, ut ne utilibus quidem actionibus ex persona creditoris uti possimus, priusquam ille actionem ex aliqua caussa in nos collatam voluerit, puta insolutum dederit, vendiderit, legaverit. *L. ult. C. quan. fis. vel priv. L. postquam, L. ex nominis C. de her. vel act. ven. L. ex legato, C. de legat.* Nunc autem de eo domino agitur, qui inconsulto ejus hominis de quo quæritur venditore, ultro eum hominem mihi condicat; respondeturque posse eum condicere, non utili condictione, de qua hic nullum verbum; sed absolute condicere, ut directa condictio intelligatur. Nihil pro istis facit, *L. dominus infr. de condict. ind.* Nam illic qui nummos a se datos condicit ab eo cui dederat, condictione sine caussa vel ob caussam id facit, eamque directam habet et ex sua persona, non aliunde. Sed condictio est tibi adversus me ideo, quia ex re tua factus sum locupletior, ut in *L. si eum servum, sup. et L. seq. infr. eod.* Est autem hæc condictio ex negotio a me gesto. Nam cum hominem tibi emptum ego ex caussa ejus emptionis, quæ tua erat mihi paravi, negotium gessi opinione quidem mea meum, sed re vera tuum: feci enim in re tua, quod facere tuum erat: quam veritatem attendimus. *L. ultim. supr. de negot. gest.* Sed si quid mihi abesset ex negotio quod servus gessisset, idem aiunt invicem me tecum actnrum. Ex negotio quod is gessisset, idest, ex ejus emptione. Abest autem quid mihi ex ea caussa, veluti si quid solverim de meo ad supplendum quod pretio deerat; si quid impenderim arrhæ, aut instrumentorum conficiendorum nomine, si quid vectigalis, aut alicujus tributi caussa. Ad eam rem mihi tecum est contraria negotiorum gestorum actio, quæ alienorum negotiorum gestoribus datur de eo, quod in rem alienam impenderunt. NAM ET JULIANUS AIT, VIDENDUM. Prius tibi domino actionem Paulus dedit adversus me, qui hominem a servo tuo emptum et mihi traditum habeo: nunc dat tibi ex Juliani sententia adversus ejus hominis venditorem. Unde apparet id quod sequitur, non esse rationem præcedentis sententiæ. Neque enim tu ideo adversus me condictionem habes, quia potes ejusdem hominis nomine agere adversus venditorem; cum venditor tibi obligetur ex contractu servi a me possessi, per quem et tibi actio acquiritur; ego autem cum illo non contraxerim, unde ego tibi obliger ut manifeste hæ actiones distinctas caussas et longe dissimiles habeant. ✝ Quapropter necessario per adversativam hic locus legendus est: vel hoc modo, ut in quibusdam exemplaribus, SED JULIANUS; vel ita, ut in his verbis NAM ET, intelligantur inversæ esse literæ; *nam et, pro tamen*: ut sit; TAMEN JULIANUS: quod eamdem significationem habet. Est autem hæc sententia. 2
Sabinus et Cassius tibi domino servi a me bona fide possessi dant condictionem, et recte. Sed Julianus, vel, tamen Julianus recte monet, non esse hanc solam actionem et viam, qua tibi consulatur, quam tamen illi solam posuerunt: posse enim te etiam adversus venditorem hominis agere ex empto. Sed *Julianus videndum ait*, inquit Paulus, *ne dominus integram ex empto actionem habeat.* Dominum intelligit te, qui servi a me possessi ejusdemque emptoris dominus es: at de quo sub secunda persona posita est quæstio; quam personam nunc mutat, ac de te sub tertia persona domini deinceps loquitur. Dixit autem Julianus usitato more veterum, videndum esse, ne dominus ex empto actionem habeat, pro eo quod est, se putare dominum actionem ex empto habere; de quo more vide Duar. *lib. 2. Disputat. cap.* 11. Addit te actionem ex empto habere integram; quia si initium spectatur, nulla dubitatio est, quin eam ab initio habueris. Cum enim servus tuus hominem de peculio tuo emit, constabat ex eo contractu statim tibi actionem esse quæsitam *d. L. acquiruntur, §. 1. et §. de his, infr. de acquir. rer. dom.* Sed postquam venditor eum hominem postea bona fide mihi solvit, ex eo cœpit dubitari, an eam actionem habere desieris: quasi ea solutione quæ bonam fidem, et justum errorem habuit, venditor sit liberatus. Et Julianus significat non esse liberatum; ideo eamdem actionem, quæ initio fuerat, etiam nunc adversus venditorem tibi inte-

gram manere. Recte: Solvit enim ille quidem quod debuit; sed alii, quam cui debuit. Mihi enim eum hominem non debebat. sed tibi, ut ostendi. Alii quam vero creditori nullo mandato intercedente frustra solvitur, quantumvis debitor existimaverit se aut vero creditori, aut voluntae ejus alii solvere *L. qui hominem*, §. *si nullo*, *L. solutam*, *infr. de solut.* §. *recte*, *in fin.* Inst. mand. *Venditor autem*, inquit Julianus, *condicere potest bonæ fidei emptori*: id est, mihi, qui servum tuum a fure bona fide emi, ut est a Paulo propositum. Hac actione nimirum fiet, ut venditor eum hominem, qui ab illo servo emptus et mihi traditus est, de quo homine nunc agitur, a me recipiat, receptum deinde tibi tradat, ut illum a principio ex empto facere oportuit: atque ita hac quoque via non minus eum hominem consequaris, quam si ipse meeum egisses. Qua condictione venditor mihi hunc hominem condicere possit, perspicuum est: solvit enim mihi hominem indebitum per errorem, dum me dominum putat, aut hominem ex peculio meo emptum. Falso utrumque: erit igitur condictio indebiti. Sed quomodo condictio venditori, si is hominis venditi et mihi traditi adhuc dominus mansit? Et vero si mansit, condictio illi esse non potest; nemo enim rem suam condicere potest, præterquam a fure. *L. ult. sup. usuf. quem. cav.* §. *sic itaque Inst. de act.* Et diserte scriptum est in *L. dominus*, *infr. de cond. ind.* eum qui nummorum solutorum dominus mansit, nummos non per condictionem, sed in rem actionem petere debere. †

3 At videamus. ne in hac specie venditor, quamvis homine mihi tradito, ejus nihilominus adhuc sit dominus; idque efficiat lex empti et venditi, de quo contractu nunc agitur. Nam quod attinet ad alias caussas omnes, si quis tamquam ex his debitum mihi solvisset, quod esset indebitum, dominium in me transferret; quia etsi falso caussam subesse existimat, dum tamen putat subesse, rem transferre voluit; ad trasferendum dominium rei traditæ voluntas domini sufficit, §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Et quod dicitur non transferri dominium, nisi justa aliqua caussa præcesserit, propter quam traditio sequeretur, *L. nunquam*, *infr. de acquir. rer. dom.* sic accipiendum est; nisi præcesserit aut re vera, aut tradentis opinione. Utrumque enim ad movendam domini voluntatem pariter valet. Quod nisi ita esset, nunquam indebito soluto competeret condictio; cum id indebitum sit, cujus nulla est debendi caussa. Sane si sciens me non esse dominum servi a me possessi, qui hominem emeral, mentitus essem venditori me dominum esse, et ita hominem emptum tamquam mihi indebitum accepissem; ego ejus hominis furtum facerem, nec homo meus fieret, *L. falsus*, *infr. de fur.* Nunc autem servum emptorem bona fide possedi, et hominem ab eo emptum tamquam mihi debitum accepi. Quare ne ab hac quidem parte ullus metus esse potuit, quominus homo meus fieret, si ex alia caussa quam venditionis mihi traderetur. At de homine ex caussa venditionis tradito agitur. De rebus venditis ita placuit, venditas res quamvis traditas non fieri accipientis, nisi aut pretium venditori solutum sit, aut ei aliter satisfactum, vel is fidem emptoris secutus sit de pretio, §. *venditæ*. *Inst. de rer. divis.* *L. procurator*, §. *pen. infr. de trib.* Quorum nihil in proposito intervenit. Nam cum pretium venditori jure solutum haberetur: neque ego illi aliter satisfacere volui pro pretio, quod putabam illum habere; neque ille fidem emptoris de eo secutus est, cum id se accepisse existimaret. Solutum autem ei vere dici non potest, cum nummi peculiares illi soluti, non sint facti accipientis; ut pote ab eo soluti qui dominus non erat. Unde et dominum servi eos nummos vindicare posse infra traditur. Neque porro solvi intelligitur, quod non fit omni ex parte accipientis, *L. cum quis*, §. *qui hominem*, *L. qui sic*, *infr. de sol.* Quare ex supra scripto jure venditor mansit hominis venditi dominus; et quia mansit, vindicare eum a me potest, non condicere, *d. L. dominus*, *infr. de cond. ind.* Et puto, quod de caussa traditionis dicitur, idem dicendum de pretio soluto. De caussa traditionis ita proditum est, non transferri dominium, nisi venditio aut justa alia caussa præcesserit, ex qua traditio sequeretur, *d. L. nunquam*, *infr. de acquir. rer. dom.* Atque hoc sic recte accipimus: sive re ipsa præcesserit, sive opinione ejus, qui tradit, ut ante dixi; Sic et quod dicitur in emptione, non transferri rem venditam quamvis traditam, nisi pretio soluto, sic accipi debet; nisi aut vere pretium solutum sit, aut opinione venditoris, cui pecunia pretii nomine soluta sit. Horum enim in utroque, caussam dico tradendi, et pretii solutionem, solum hoc quæritur, ut dominus dominium velit transferre; quod facere non putatur caussa non præcedente, et pretio non soluto. Quod si appareat etiam sine his dominum velle rem suam transferre, recte transferri dicemus; quia voluntatem ejus transferre volentis oporteat ratam haberi, *d.* §. *per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Id autem tunc accidit, cum venditor et caussam venditionis

et pretium subesse putat; quod fit in hac caussa, ubi is qui mihi eum hominem, de quo quæritur, tradidit, et vere eum vendidit, etsi non ei, qui mihi acquirat, quod tamen putat; et pretii loco pecuniam accepit, quam suam factam esse existimat. Dominus igitur hominis venditi esse desiit venditor, qui in hac opinione hominem tamquam mihi debitum tradidit: proinde si eum a me repetat, vindicare eum non possit, sed solum a me condicere, ut Julianus scripsit. Atque hæc de hominis empti repetitione, quæ tum tibi domino detur, tum venditori. De peculiaribus nummis sequitur. *Quod ad peculiares, inquit, nummos attinet, si exstant vindicare, eos dominus potest.* Dominus, id est, tu, ut est propositum. Vindicare aut autem ideo potes, quia nummi a principio tui fuerint; cum essent ex peculio quod ad te pertineret: hujus autem alienationem servus tuus non habuerit, qui etiam si prius habuisset, tamen desiisset habere, furto surreptus, qualis hic fuisse proponitur. *L. libera. infr. de pecul.* Porro domino in rem actio, id est, vindicatio competit. *L. in rem. sup. de rei vind. L. actionum. infr. de ob. et act.* Sed ita vindicare potes, si exstent, non etiam si a venditore consumpti sint: non est enim vindicatio nisi adversus eum qui possidet, aut dolo malo desiit possidere. *L. qui petitorio, supr. de rei vind.* Non possidet autem venditor consumptos; nec dolo malo possidere desiit qui nummos peculiares meos putavit, et intellexit me venditioni et alienationi nummorum consentire. Addit Julianus, quo jam consulat venditori adversus dominum nummos vindicantem; *sed actione, inquit, de peculio tenetur, dominus venditori, ut pretium solvat:* id est, venditor adversus te actionem habet de peculio, ut pretium solvas. Quippe servus tuus emptionem contraxit; ex contractibus servorum adversus dominus actio competit, sive negotium ratum habeant, sive non habeant; saltem de peculio, quod apud eos est, *§. actiones autem. Inst. de act.* Hæc adjectio declarat, si nihil sit in peculio, dominum venditori non teneri: aut si sit minus quam pretium est, non ultra id quod est in peculio, esse actionem. Ac fieri potest, ut hi nummi qui a te vindicati sunt, jam ante peculiares esse desierint: quia scilicet jam ante servo tuo peculium ademisses sine dolo malo priusquam de emptione servi tui cognovisses. Sed ita, inquam, venditori solum de peculio adversus te actio est, si tu nummos peculiares vindices: quoniam hac re ostendas te venditioni stare nolle. Aliter, atque si tu emptionem probes, eoque ex empto cum

venditore agas; ubi placet te ad solidum pretium præstandum teneri venditori, de
quo postea *in vers. sed adjicere.* † Sed quæ- 4
ritur, si venditor actionem habet de peculio adversus dominum, quomodo possit dominus ab eo nummos peculiares vindicare; cum usque ad concurrentes quantitates videatur admitti debere compensatio, qua admissa ipso jure venditor liberetur? *L. 4. C. de comp.* Et verum est, quod vulgo dicitur, hic locum locum non habere compensationem. Nam si de jure vetere quæritur, ex quo hic locus scriptus est, non potuit compensatio objici ei, qui in rem ageret: huic enim nihil debetur. *§. 1. Inst. de act.* Non est autem compensatio, nisi debiti et crediti invicem confusio: *L. 1. infr. de comp.* non est compensatio, nisi tunc cum pecunia invicem debetur. *L. 4. C. de comp.* Primus Justinianus etiam in actionibus in rem compensationem admisit in *L. ult. C. de compens.* Hic autem dominus nummos suos a venditore vindicat. Quod si rem ad Justiniani constitutionem revocare volumus, tamen ne ex ea quidem in hac specie compensationi locus erit. Etsi enim dederimus in rem agenti compensationem opponi posse; ubi nummos, id est rem quantitatis certæ vindicet: tamen in totum sic ea constitutione compensatio admissa est, si caussa ex qua compensatur, sit liquida. Non est autem liquidi debiti compensatio, quæ opponitur de eo, quod dominus de peculio debet: cum hoc ipsum maxime incertum sit, quantum sit in peculio, et præcipue quantum futurum sit tempore rei judicandæ; ex quo tamen tempore quantitas peculii in actione de peculio spectatur. *L. quæsitum, in pr. infr. de pec. L. eum fidejubet. infr. de fid.* Utrumque ergo recte dictum est, et venditorem adversus dominum actionem ex vendito habere de peculio, et nihilominus dominum ab eo nummos peculiares qui illi soluti sunt, et apud eum adhuc exstant, posse vindicare, postquam ea vindicatio compensatione non est sublata. Sed ut est vindicatio nummorum peculiarium, quæ domino competit adversus venditorem: ita est actio de peculio, quæ venditori datur adversus dominum. Constat dominum nummos vindicare posse, sed si exstant, ut ante scriptum est: his autem bona fide consumptis venditorem jam hac actione non teneri ut qui nec possideat, nec dolo malo desierit possidere. Julianus actionis de peculio eandem in proposito conditionem esse ostendit: hac actione dominum teneri venditori prius dixerat: declarat id se intelligere eadem illa conditione, si nummi exstent. Su-

bjicit enim: *si consumpti sint, actio de peculio evanescit.* Quod recte in hac specie dicitur. Etsi enim in universum falsum est actionem de peculio exstingui, ubi pars peculii exstincta est, cum de peculio quod restat, integra sit actio: tamen in hac specie consumptis a venditore nummis quos habuit, id contigit, quo factum est, ut dominus a venditore liberaretur. Debebatur enim venditori pretium emptionis, ad quod consequendum actionem de peculio adversus dominum habuit. Hoc pretium ad eum pervenisse, ac veluti ei solutum esse a domino intelligitur, cum nummi peculiares illi soluti bona fide ab eo consumpti sunt. *L. non omnis, §. si pupillus supr. eod.* Vere enim illi soluti essent, si facti essent accipientis. Post illam autem consumptionem in ea caussa esse incipiunt. Nam neque vindicari ab eo possunt, qui sine dolo malo non possidet: nec consumpti condici ei, in quem si a principio translati essent, nummi ei non condicerentur. Cujus enim pecuniæ ab initio in accipientem translatæ condictio non est: ejus ab initio non translatæ, si postea consumatur, cessat condictio: quia consumptio pro translatione est. *L. si filiusfam. supr. eod.* SED ADJICERE JULIANUS DEBUIT. Hactenus caverat Julianus tibi eidemque domino adversus venditorem ita, ut nihil omitteret, sive quod ad hominem a servo tuo emptum ab illo petendum, sive quod ad nummos peculiares illi solutos ab eo repetendos pertineret. Id cum plene fecerit, in eo nihil Paulus desiderat. Consuluerat et Julianus vicissim venditori adversus te, sed tunc solum, cum repudiata emptione nummos peculiares ab illo vindicare velles. Quomodo illi caveretur, si tu adversus eum exempto ageres, prætermisit. Id ab illo prætermissum Paulus hoc loco adjicit, ut et in hac re plene adversus te cautum sit venditori. Bene, inquit, Julianus scripsit in proposita specie venditorem hominis a servo tuo empti ex empto tibi teneri, ut eum hominem tibi tradat. Sed cum vellet in hac quæstione etiam venditori consulere, adjicere debuit, quod in hac actione faceret ad venditoris cautionem. Duo sunt autem, quæ in hoc genere Paulus subjicit. Unum de his, quæ venditor consequi debeat; alterum de eo, quod hoc judicio debeat præstare. Et quæ consequi debeat, hæc sunt: *non aliter, inquit, domino servi venditor ex empto tenetur, quam si ei pretium solidum, et quæcunque si cum libero contraxisset, deberentur dominus servi præstaret:* idest, tu, qui hic servi dominus es, illi præstares. Quid est igitur, quod prius Julianus dominum venditori solum de peculio teneri dixit ut ille pretium solvet? nam qui tenetur de peculio hactenus tenetur, quatenus in peculio est: ac si nihil sit, omnino non tenetur, tantum abest, ut teneatur in solidum. *§. præterea. Inst. quod cum eo.* Et id tum fecit Julianus, cum dominus nummos vindicaret emptionem servi sui improbans: invitus dominus ex facto servi in solidum teneri non debet. Nunc venditori solidi petitio datur adversus dominum, dum hic adversus venditorem ex empto agit. Et merito: † qui enim 5
ex contractu servi agit, hoc ipso contractum servi ratum habere intelligitur. *L. si servus alienus, infr. de fid.* Quippe contractus actionis caussa est; actio hujus effectus. Non est effectus, nisi caussa prius posita: nec id quod sequitur, non posito eo quod antecedit. Ita qui ex emptione servi agit, prius hanc ipsam voluntate sua statuere judicandus est. arg. in *L. illud, infr. de acq. her.* Hac probata perinde haberi debet, quasi dominus contraxisset. Videtur enim contrahere dominus, tenetur que is in solidum, qui jubet servum contrahere: *L. 1. in pr. infr. quod juss.* ac jubere intelligitur, qui quod a servo gestum est, ratum habet. *d. L. 1. §. si ratum.* Nisi quis dicat dominum hactenus emptionem probare, quatenus sibi expedit. Quod naturæ emptionis refragatur. Non est enim emptio nisi ex duorum consensu, emptoris et venditoris: ac si venditionem removeris, sustuleris etiam et emptionem; et contra. *L. 1. L. si id. §. 1. infr. de rescin. vend.* ut necesse sit, qui rem sibi vult emptam esse, idem et tanti emptam admittat, quanti est vendita. Inde est, ut quisquis ex contractu servi aut filiifamilias agens sibi solidum præstari postulat, eundem etiam placeat ex eodem contractu solidum præstare debere adversario, non peculio tenus. *L. si si cum filiofam. infr. de comp. L. si servus, infr. de æd. ed.* Quod si dominus ex emptione servi ex empto agens, emptionem ratam habere videtur: † dicemus non solum 6
venditorem si secum agatur, exceptione consequi posse ne teneatur, seu ne damnetur actori, nisi is pretium et cætera quæ in judicium venditi veniunt, offerat, ut hic scriptum est, quod et cæteris omnibus venditoribus tribuitur: *L. Julianus, §. offerri, infr. de act. em.* sed etiam si forte nulla exceptione usus rem venditam domino tradiderit, tamen exemplo aliorum venditorum habere eum ultro actionem ex vendito adversus dominum, ut superiore omnia sibi præstentur. Hoc enim consequens

est, si emptione a domino probata perinde habetur, quasi ille contraxisset. *d. l. Julianus. §. ex vendito*. Id veru ita esse aute ostendimus. Ut autem in pretiu et cæteris de quibus actum est, quæ venditori præstanda sunt, superius illud, quod diximus, in hac specie venditori tribuitur, si dominus ex empto agat: sic et in eo quod ab eo petitur, monet Paulus hoc illi tribuendum esse, ut si hominem emptum tradiderit bonæ fidei possessori (idest, mihi in proposita hypothesi dicor servum tuum bona fide emisse) nihil amplius quam actiones, quas adversus me habet, debeat tibi eidemque domino præstare: et si eas tibi cedere paratus sit, nihilominus tu illi solida omnia quæ diximus præstare debeas. Atqui ut venditor rem vendidit, non actionem: ita eum rem ipsam ex empto præstare oportet. *L. ex empto, infr. de act. empt.* Sed hoc ita est, nisi quid in re vendita sine dolo malo et culpa ejus contigerit, cur eam habere desineret: quod enim ita accidit; in eo venditor securus est. *§. cum autem. Inst. de em. et vend.* Apparet autem in proposito id ei evenisse, cum justo errore deceptus dum me dominum servi putat, quia eum pro meo possidebam, ideo hominem ab eo emptum mihi ut domino tradidit. Neque ideo ab hominis præstatione liberatus in totum liberatur. Non enim solum rem ipsam venditor præstare debet; sed etiam quæcunque ex ea re commodata ad eum pervenerunt. *d. §. cum autem, Inst. de em. et vend.* Quo in numero sunt, si quæ ex re vendita, aut propter rem venditam natæ sint ei actiones. *L. Julianus. §. Sed si quis, infr. de act.* Atque hujus generis est in proposito indebiti condictio, quam ille adversus me ex eo nactus est, quia hominem mihi indebitum per errorem mihi solvit. Quamobrem hanc ex empto actione tibi præstare cogitur; sed solam. Quisquis enim idcirco tenetur, quia actionem habet, non habet necesse experiri cum suo debitore, ut ab eo rem consecutus tum deinde eam præstet creditori: sed actionem cedendo liberatur. *L. quod debetur, in fin. infr. de pecul.* Itaque recte supra dictum est, venditorem posse eum hominem, de quo quæritur, condicere bonæ fidei emptori. Potest enim, si velit; sed condicere non cogitur: ut qui condictione cedendo liberetur. Quamvis autem actionem solum cedat venditor, non hominem: nihilominus tamen solidum pretium et ea de quibus præstandis actum est, consequi debet. Amisso enim sine culpa venditoris vendito homine, quamvis eo amisso nihil supersit, quod præstetur; tamen placet perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset: cum et venditor liberetur, et emptori homo pereat. *L. cum emptor, §. 1. infr. de res. ven.* † Partibus responsi sigillatim expositis, licet jam brevibus summam complecti. Ea autem est: Homo a servo tuo emptus, qui tibi debebatur a venditore, non tibi traditus est, sed mihi, dum ego bona fide eum servum possidens, ejus dominus esse existimor, atque ita homo in me voluntate venditoris translatus. Nummi quoque peculiares venditori a servo tuo numerati tibi absunt, qui tamen penes te manere debuerant. Quæritur de homine et de nummis, an possis utrumque persequi, et a quibus, et qua actione, tum quibus conditionibus. Ac de homine, placet te eum te a me petere posse, et a venditore. A me, negotiorum gestorum directa actione: quasi accipiendo quod tibi ex caussa ad te pertinente tradi debuit, ergo negotium tuum gesserim, opinione quidem mea meum, re autem vera tuum. Quo fit, ut et possit idem homo a te mihi condici, ut hic scriptum est; in quo intelligi debet certi condictio: nam et hæc cum priore illa concurrit. *L. in duobus, §. exceptio, infr. de jur.* et de ea peculiariter hoc titulo agi constat. *L. certi. supr. eod.* A venditore vero hunc ipsum petere potes actione ex empto: quæ ex contractu servi tui tibi primum quæsita non potuit tolli venditoris solutione; cum quod tibi debebat, mihi solverit, non tibi; idest, solverit alii quam creditori. Sic autem hæc via ad hominem consequendum tibi conducet, tametsi venditor cum hominem mihi traditum sine culpa sua possidere desiit. Aut enim ipse eum a me condicet, tanquam indebitum mihi solutum, ut sic a me receptum tibi tradat: aut si videtur, conditionem indebiti quam habet adversus me, tibi cedet, qua tu eundem hominem a me consequare. Sed adversus utrum nostrum egeris superioribus actionibus, est etiam quod tu ab utroque pati debeas. Nam si mecum egeris, ego invicem tecum agere possum contrarie negotiorum gestorum, ut mihi præstes, si quid mihi absit ex superiore emptione. Quod si cum venditore ex empto ages, et tu quoque hunc exitum patiere, ut et pretium et cætera, quæ judicio venditi continentur, solida debeas illi præstare. Idem etiam conditionem indebiti adversus me tibi cedendo liberatur; ut hac oblata, non minus superiora illa a te consequi debeat. Hæc de homine. Quod ad peculiares nummos attinet, tu improbata servi tui emptione potes a venditore vindicare, 7

ut qui tui manserint: cum servus tuus furtivus eorum alienationem non haberet. Sic tamen potes vindicare, si exstant. Nam consumptos ideo non potes, quia consumpti sunt a bonæ fidei venditore, idest, eo qui se eos nummos voluntate domini accipere existimaret: proinde ab eo, qui sine dolo malo desierit possidere. Sed et hac parte pro hoc incommodo vicissim venditori adversus te prospectum est; habet enim ille actionem de peculio, ut pretium solvas. Hac vero actione fit, ut ille nummorum peculiarium possessione excussus alia via pretium consequatur: nam et hi nummi in peculio sunt servi, nisi proponas peculium a domino fuisse revocatum sine dolo malo, prius quam de hujus emptione cognosceret. Huic actioni tandiu locus erit, quandiu et tu nummos poteris vindicare, idest, quandiu nummi exstabunt; nummis consumptis, ut tibi vindicatio, sic venditori actio de peculio evanescit. Hic enim pretium petebatur: id venditori pro soluto haberi incipit, cum nummi ab illo ita sunt consumpti, ut jam illi auferri non possint.

Ad L. *Si me et Titium*. 32.

Celsus *lib*. 5. *Digestorum*.

Si (et) me et Titium mutuam pecuniam rogaveris: et ego meum debitorem tibi promittere jusserim: tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse: an mihi obligaris? subsisto: si quidem nullum negocium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi, (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest,) sed quia pecunia mea (quæ) ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est.

S U M M A R I A.

1. *Actio in proposito sic ex æquo et bono, ut sit ex caussis notis obligationis, idest, negotio gesto.*

Si jusserim debitorem meum tibi pecuniam solvere, ut eam tanquam a me creditam habeas, et ille tibi dederit: placet te mihi ea datione obligari, quasi pecuniam a me acceptisses. *L. singularia, supr. eod.* Et hoc ita esse constat, si quidem ut a debitore meo acipias. Quid, si eodem exemplo manente accipias quidem re vera a meo debitore pecuniam, non tamen ut a debitore meo sed alterius? qui error contingere potest in hac specie. Fingamus te a me et Titio mutuam pecuniam rogavisse: jussisse me eum debitorem, qui meus erat, tibi promittere, ac per hoc tibi dare: te vero stipulatum, et sic deinde illum tibi dedisse; sed cum Titium quoque rogasses, putasse te eum a quo accipiebas, Titii debitorem esse. Tractatur hoc loco, an mihi obligeris? Movet, quod hic non sit mutuum. Etsi enim non minus hic verum est, te a me per debitorem meum pecuniam accepisse: tamen in illo errore non potuisti esse hoc animo, ut mihi obligareris, sed solum ut Titio. Ita deest ad obligationem consensus, sine quo mutui obligatio, aut alia ulla non contrahitur. *L. 1. §. 1. sup. de pact.* Mutui autem obligatione hic remota, quæ sit alia species obligationis, qua mihi tenearis, quæritur: non enim facile occurrit. Et fatetur Celsus in hac specie mihi adversus te actionem ex mutui caussa esse non posse; sed nihilominus te mihi teneri ait, quia bonum et æquum sit, cum pecunia mea ad te pervenerit, eam mihi a te reddi. † Sed hoc loco idem quærimus, quod supra in *L. si eum servum, eod.* Nam eum actio in personam sit ea, de qua nunc dicimus, et nulla nascatur actio, nisi ex quatuor illis caussis, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio: *§. 1. Inst. de act.* omnino hoc statui oportet, ex qua earum caussarum hanc esse actionem velimus. Illis enim principiis positis, si tantum dicimus eam dari ex æquo et bono, parum proficimus: progredietur 1

enim res longius, et quæretur, cur sit ex æquo et buno, seu ex qua caussa sit de his, quas diximus, ut secundum eas bonum et æquum sit eam dari. Ne multis morer, non difficile intellectu est, hic actionem esse ex negotio a me gesto. Gerit enim alienum negotium, quisquis aliquid in rem alterius utiliter impendit, eoque nomine actionem habet. *L. 2. supr. de neg. gest.* Id autem in proposito fecisse me perspicuum est, dum curavi, ut pecunia mea ad te perveniret. Quod si ita est: non est verum, quod hic quidam putant, non posse me directo pecuniam tibi condicere, quia tecum non contraxerim, sed solum mandatis a debitore meo actionibus. Negotium a me gestum satis est ad directam, certe ad propriam mihi actionem adversus te acquirendam: quam qui habet, alienas non desiderat.

Ad L. *Principalibus.* 33.

Modestinus *libro* 10. *Pandectarum*.

Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi qui provinciam regunt quive circa eos sunt, negotientur, mutuamve pecuniam dent, fœnusve exerceant.

S U M M A R I A.

1. *Magistratibus Romanis quarum rerum commercia interdicta, et cur.*
2. *Mutuum dare iis interdictum, qui provincias regunt, et cur.*
3. *Exercere fœnus prohibitum rectoribus provinciarum, et quid sit exercere, ac quamobrem prohibitum.*
4. *Interdicta eadem omnibus, qui officia administrant in provincia.*
5. *Magistratibus urbanis quid hic interdictum.*
6. *Interdicta eadem iis qui sunt circa magistratus, et cur, et quinam hi sint.*
7. *Magistratibus atque officiis temporalibus solum hæc interdicta, non perpetuis.*
8. *Adversus eos qui contra fecerint, quæ sit pœna.*
9. *Mutuo contra legem dato, pecuniam danti perire, et fisco cedere.*

1 ROMANI dum volunt magistratus suos, et eos qui publico officio funguntur, in eo se incorrupte gerere, ut magistratum, et qui reipub. personam sustinent, decet, itemque ab omnibus concussionibus et rapinis sibi temperare: sapienter caverunt, non solum, ne bis quidquam a civibus et provincialibus extorquere liceret, sed etiam ne liceret ab his quamvis volentibus donum et munus præter xenia et ea moderata accipere. *L. solent, §. ult. supr. de off. proc.* Quoque facilius id obtineretur a magistratibus, longius itum est. His enim constitutiones omnem acquirendi, et ad se aliena transferendi rationem, quamvis per se honestam, qua tamen aut rapinæ et concussiones aut munus tegi possent, interdixerunt. Ex quo genere sunt ea, de quibus et hic et aliis quibusdam locis cavetur. Primum hic scriptum est caveri constitutionibus, *ne negotientur*, quo verbo proprie prohibentur exercere mercaturam, id est, emere quod postea vendant, unde quæstum faciant: id enim proprie negotiari significat. Et hic quidem quæstus magistratibus non convenit. Sed ut conveniant omnes aliæ emptiones, tamen nihilominus in totum emere prohibentur, etiam quod sibi retineant, non tantum prædia, de quibus in *L. qui officii, infr. de contrah. empt.* sed etiam res omnes quamvis mobiles. *E. non licet, infr. de contrah. empt. L. unica. C. de contract. jud.* Cur ergo interdicitur his tam severe, quod per se non est inhonestum? quia si emere illis permittatur, facile consequentur vel propter potestatem, vel propter gratiam, ut aliena quam minimo emant, aut etiam gratis ad se transferant, ut deinde emptio ac justum pretium simuletur, quod exiguum aut nullum intervenit. Tantum illis permittitur emere, ex rebus quidem mobilibus quod ad victum quotidianum suum et familiæ pertineat: *d. L. unica, C. de contract. jud. d. L. solent, in fin. supr. de off. proc.* ex rebus autem soli prædia paterna,

quæ a fisco distrahantur: *d. L. qui officii, infr. de contr. empt.* nam in illis necessitas, in his rerum conditio omnem turpem suspicionem ab emente facile removet. Ex eadem re est, quod prohibentur magistratus in ea provincia, quam administrant, domum exstruere. *d. L. unica, C. de contract. jud.* Nam exstruentibus necesse est ea quæ ad exstructionem pertinent, aut emere, aut ab aliis donata accipere: quorum utrumque jam illis interdictum esse diximus. Qua de caussa non solum domum, sed etiam navem in eadem provincia ædificare prohibentur. *L. aufertur, §. quod a præside, infr. de jur. fis.* His finitimum est, quod qui in aliqua provincia officium administrant, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, præterquam si vetus sponsa fuit, uxorem ducere prohibentur. Nam et per caussam nuptiarum non solum his facile est alienas mulieres suas facere; sed etiam una cum his opimam dotem, atque adeo earum bona ad se domum
2 sevocare. † Hujus generis sunt et illa duo, quæ hic sequuntur, quæ sola ad hunc tractatum proprie pertinent: ne qui provincias regunt, *mutuam pecuniam dent: fænusve exerceant.* Etsi enim in fœnore exercendo, id est, in pecunia mutuo danda, unde fœnus capias, inest turpis quæstus, et indignus honestis viris, nedum magistratu: in quo satis est caussæ ad hunc quæstum magistratibus interdicendum; tamen hic alius rei habitam esse rationem quam fœneris ex eo liquet, quod non solum prohibentur magistratus fœnus exercere, quod fit in *L. 3. C. eod.* sed etiam mutuam pecuniam dare, etiam sine fœnore, ut hic traditur: quod contra faciendum fuerat, si his fœnebris pecuniæ exercitio propter ipsum fœnus prohiberetur: sublata enim caussa turpitudinis, maneret honestum mutuum, quod illis permitti oporteret. Nunc autem, ut dixi, etiam mutuam pecuniam dare prohibentur: ut appareat in totum hic mutuum dare illis esse interdictum. Quod cur factum sit, merito dubitari potest. Et quidem prima fronte videri potest non tantum inique, sed etiam absurde constitui. Etenim si convenit homini, atque adeo, juxta Papiniani sententiam hominis interest hominem beneficio afficere: *L. servus ea lege, infr. de ser. exp.* quanto convenientius est homines potentes et in Republ. præstantes id facere? in quibus sunt magistratus provinciales. Proinde illis præcipue licere debet inopiam sublevare provincialium vel donando, vel mutuum dando. Ut donent, ab illis exigere, iniquum: ita illis alterum relinqui debuit, ut saltem his mutuum dare liceret. Denique si quid honeste, et liberaliter, id maxime decet magistratus: quare et mutuum gratis dare, quod totum beneficentiæ est et liberalitatis. Quæ hic ergo, inquam, interdicendi caussa, ne magistratus provinciales mutuam pecuniam dent? Nulla fuisset, si modo vere mutuum esset, quod mutuum dicitur, ac de vero mutuo superiora recte disputantur. Sed facile mutuum fingi potest, et hic titulus prætexi, ubi magistratus aliquid per concussionem aut vim extorserint, ut vel sibi caveretur, vel in se transferretur. Idcirco et mutuum dare quovis modo his est interdictum, non propter se; sed dum cavetur, ut omnis ansa præcidatur concussionibus et prædis atque avaritiæ magistratuum. Sed enim cavissent constitutiones, ne magistratus pecuniam mutuam dent, quid opus fuit addere, *fænusve exerceant*: cum non exerceatur sine mutuo fœnus: mutuo autem generaliter prohibito, satis intelligatur omne mutuam prohiberi; et maxime id quo pecunia datur fœnori, quod est odiosius? *L. si servitus, supr. de servit. urb. præd.* Consulto posterius adjectum est; ut de duobus apertius caveretur, quorum alterum prioribus verbis non satis expressum, alterum etiam nun contineri videbatur. Ait lex, Magistratus, *ne pecuniam mutuam dent.* Solum de mutuo hoc cautum, est nulla mentione facta usurarum. Dubitari potuit ex his verbis, num et tune improbandum esset mutuum cum illi non simpliciter pecuniam mutuam dedissent, sed fœnori: quia fœnore accedente minor esset fraudis suspicio: persuasum autem esset constitutiones hanc fraudem prohibere voluisse. Hoc igitur illæ volunt intelligi, omne se mutuum improbare, quod a magistratibus profectum esset, sive gratuita esset pecunia, sive fœnebris. Deinde his verbis, *ne magistratus mutuam pecuniam dent*, solum cavetur de ipsis magistratibus, ut his verbis solum teneantur illi, vel qui dederunt ipsi, vel quorum nomine pecunia data sit, ut his actio acquiratur, quasi ipsi dedissent. † Quid ergo, si alii dent 3
quam magistratus, et quidem suo nomine, atque ita ut his, qui dant, acquiratur inde actio, non magistratui? Quantumvis proponas hos a magistratu esse interpositos, qui pecunias vel elocarent, vel elocare se fingerent, ut fœnus, idest, fructus mutui ad magistratum rediret; non tamen hæc species prioribus verbis continebitur. Semper enim verum erit, magistratus ipsos mutuam pecuniam non dedisse, sed alios, quorum ea pecunia fuerat, et cum quibus solum re vera mutuum intercedit. Sed visum est non

minus et hoc illis esse interdicendum: prope est enim, ut videantur dedisse, id. cujus fructus ad ipsos pertinet. Ergo ad hanc rem sequentia verba subjecta sunt, quibus commodissime id exprimitur, dum cavetur, ne magistratus *fœnus exerceant*: exercent enim, quocunque modo per caussam mutui fœnus ad eos redeat: sive dent ipsi pecuniam, sive adhibeant alios, quorum opera in pecuniis collocandis utantur. Sicuti dicitur navem exercere is, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. §. *eadem, Inst. quod cum eo, L. 1. §. exercitorem, infr. de exer.* Et hoc est, quod apertius scriptum est in *L. 3. C. eod.* eos qui officia administrant, neque per se, neque per supposilas personas fœnus agitare posse. Interdictionis autem caussa hæc est, non solum quod eum per alios fœnus exercent, faciunt æque turpiter, atque si per se exercerent: sed etiam quod ad eos, quibus administris in hac re utuntur, mittere possunt eos, a quibus quid consequi volunt, cum quibus tamen mutui caussam interponere non possunt, atque hoc modo possunt concussiones, aut munera quæ sibi caveri volunt, tegere. Quibus superiora interdicta sint, videamus. Et hoc loco interdicuntur iis, *qui provincias regunt.* Hi sunt præsides seu summi magistratus provinciarum.
4 *L. 1. supr. de off. præs.* Sed † interdictio patet latius. Generaliter enim ex aliis locis definiendum est, omnibus interdici, qui in provincia officia administrant. seu qui in publico aliquo officio sunt, in provincia, *L. 3. C. eod. L. solent. §. ult. sup. de off. proc. L. qui officii, infr. de contrah. empt.* Quibus verbis continentur non solum magistratus alii, sed etiam omnes qui potestate, curatione, legatione, munere denique, ministeriove aliquo publico funguntur, ut indicat *L. 1. infr. de leg. Jul. rep.* Sed illud observatione dignum est, quod in omnibus his locis, quos modo indicavi, quibus hujus interdictionis mentio est, non quibusvis magistratibus superiora interdicuntur, sed nominatim provincialibus, non omnibus, qui officia gerunt, sed nominatim qui sunt in provincia. Quid ergo, si sint magistratus urbani, si urbana
5 officia? † Et exstat constitutio Justiniani *L. unica, C. de contract. jud.* qua et magistratibus urbanis eadem interdicuntur, itidem ut provincialibus; sed non eodem modo. Nam urbanis vult ad aliquem modum hæc esse concessa, ut emant, ut ædificent, ut donatum accipiant, nempe si a principe impetraverint. Et quamvis de donationibus nihil impetrarint; vult tamen eas confirmari, si post administrationem depositam vel donato scripto donationem ratam habuerit, vel quinquennii tempus præterierit sine ullis interpellatione eorum ad quos ea res pertinet. Provincialibus autem præcise ista interdicit, et quidem ita, ut nec rescripto principis impetrato velit ea licere, nec concedat facta vel consensu donatoris, vel tempore confirmari. Quod de donationibus constituit, et ad mutuam pecuniam transferendum est. Ideo enim prohibentur magistratus mutuam pecuniam dare, ne sub mutuæ pecuniæ prætextu donata, aut alioqui malis artibus extorta sibi caveant. Quod cum ita sit: non abs re est, quod cum de præcisa harum rerum prohibitione agitur, prohibitio confertur in eos, qui officia in provincia administrant: quandoquidem non eodem modo ista interdicuntur urbanis magistratibus: attamen et suo modo his sunt interdicta. † 6
Interdicuntur eadem et iis, qui sunt circa magistratus, et alios qui officia administrant, ut hic scriptum est. His verbis continentur duo, domestici et consiliarii magistratus. Nam et inscriptione *tit. de contract. jud. C.* leguntur hæc verba, *Qui circa eos sunt*: pro quibus lex subjecta posuit *domesticos et consiliarios.* in vers. extremo. Consiliarii sunt. magistratuum assessores. *L. pen. supr. de asses.* Domestici sunt, quos magistratus secum habet domi imperio suo subditos. In hoc numero sunt, qui dicuntur comites magistratuum in *L. senatusconsulto, supr. de off. præs.* quo nomine puto intelligi eos, quos secum habet comites honoris caussa; item uxor, liberi, liberti magistratus: postremo omnes quos secum habet, quorum opera et ministerio domi utitur vel ad res domesticas, vel ad munus obeundum. *L. qui jurisdictioni, supr. de jurisd.* Atque his quoque superiora interdicta sunt, quia et ipsi propter magistratum metuuntur, et quis magistratus per istos superiora facile administrare potest, ut sibi intimos ac veluti potestati suæ subiectos. Hæc autem magistratus facere prohibentur non tantum per se, sed etiam per interpositam personam. *L. 3. C. eod. L. non licet, infr. de contr. empt.* Quod tamen non eo spectat, ut velimus eos, qui circa magistratus sunt, non aliter prohiberi superiora facere, quam si nomine magistratuum ea faciant. Nam etsi constet eos illa exercere suo nomine, non eo minus facere prohibentur: satis est, quod magistratus illis administris uti potest: etiam hunc metum et periculum amoveri oportuit. Hæc ita supra scriptis personis interdicta sunt, ut nihil referat, jurisdictione prædita sint, an non sint: solum enim officium publicum quærimus, et eos, qui circa eos sint, qui officia administrant: † Sed intelli- 7

gendum est constituta hæc esse de magistratibus temporalibus, deque his qui officia temporalia administrant, ideo ad præsidis officiales, qui perpetui sunt, non pertinent, ut traditur in *L. præsidis, seq.* quod cujusmodi sit illic dicetur. † Superest, videamus,
8 quæ sit hic adversus eos, qui contra fecerint, pœna. Quod maxime propter pecunias ab his mutuo datas quærendum est, ut sciatur, quod de hoc genere hic cavetur, quid ad mutui obligationem, de qua agitur, pertineat. Et de muneribus, omnique pecunia, quam quis in magistratu, aut officio aliquo ceperit, lege Julia repetundarum cautum est, et pœna ea lege constituta, *L. 1. L. 4. L. lex, §. ult. et L. ult. infr. de leg. Jul. rep.* De rebus autem quæ a supra scriptis personis emptæ sunt, pœnam banc constitutam legibus: ut qui emerunt vel per se, vel per suppositam personam, rem venditoribus reddant, quam illi infirmato contractu vindicare possunt, et nihilominus pretium retineatur a venditoribus: sic tamen ut æstimatio ea, idest, pretium fisco inferatur *L. aufertur, §. quod a præside, infr. de jur. fis. L. pen. C. de his quæ vi met. cau.* Nec pœna major est, nisi quis ex officio quod administrat, quid emerit, ut est in *L. non licet, infr. de cont. empt.* quo casu illic traditum est, eum qui emit, sive emerit per se, sive per aliam personam, in quadruplum conveniri, intellige a fisco. Ex officio emere recte mihi interpretari videtur Bartolus ad *d. L. aufertur, §. quod a præside, infr. de jur. fis.* ut sit emere id, quod ex auctoritate ejus, qui officium administrat, distrahitur. Sic dictæ ex officio possessiones distractæ, ut fit per officium, seu officiales, qui rebus auctoritate publica vendendis præsunt, in *L. 2. C. de fid. et jur. has. fis. lib. 10.* Neque tamen distinguemus, ut ille fecit, utrum bic palam et bona fide emat quis, nec ne. Tutoribus enim concessum est ex bonis pupilli, quæ distrabi possunt, quidvis emere, dum palam et bona fide id faciant. *L. cum ipse, C. de cont. empt.* Magistratus et li qui officia administrant, in totum emere prohibentur, quovis modo id faciant. *L. 1. C. de contract. jud.* Rebus a magistratu ædificatis veluti ædibus, aut nave, nullam pœnam nominatim indictam legimus. Sed quæ sit, partim ex superioribus, partim ex genere prohibitionis colligi potest. Si ergo magistratus aream emit, in qua deinde ædificavit: primam in area pœnam de rebus emptis supra constitutam bic servabimus, ut infirmato nimirum contractu bæc venditori reddatur, quam et ille jure suo potest vindicare. *d. L. aufertur, §. quod a præside, de jur. fis. L. pen. C. de his quæ vi met. cau.* Hæc vero una ædificium tecum trahet: boc enim cedit solo, et utrumque ad dominum areæ pertinet. *L. 2. L. si in area, C. de rei vind.* Totius autem rei, idest, area et ædificii æstimatio fisco inferetur, ut fieret, si sola area esset restituta, *d. L. aufertur, §. quod a præside.* Ne scilicet commodum hujus venditionis, quam lex Reipublicæ caussa improbat, ad privatum venditorem redeat, videaturque pœna, quæ utilitatis publicæ caussa constituta est, venditoris caussa constituta esse, non Reipub. Quod si in area quam prius jure babuit, magistratus ædificavit ita, ut nullius alterius ædificium esse possit, quam illius; item si navem sibi ædificandam curavit: puto, quia lex ædificationem prohibendo, simul etiam ejus ædificii acquisitionem inbibet, *L. non dubium, C. de legib.* potestate legis rem eo deduci, ut ædificium vacet, bac ratione evenire, ut et fisco vindicetur, ut fit in omnibus boni vacantibus. *L. 1. et tot. tit. C. de bo. vac. lib. 11.* Nuptiis ab his, qui officia administrant contra quam supra scriptum est, in provincia contractis, non solum hæc pœna est, ut nuptiæ pro non contractis habeantur, quæ omnium eorum, quæ contra leges contrahuntur, communis pœna est: *L. non dubium, C. de legib.* sed etiam si dos data sit, fit caduca, ut significatur in *d. L. si quis officium. §. 1. infr. de jur. fis.* † Quid jam fiet, si magistra- 9
tus, et qui supra comprehensi sunt, pecuniam mutuam contra constitutiones dederint de quo præcipue hic quærimus? Hoc quidem constat, et superioribus consequens est, eum qui accepit, danti non teneri: non dico ex caussa mutui, quod nullum est: sed nec ex ulla alia caussa: et omnino ex ea datione nullam esse obligationem, perindeque haberi id factum, quasi omnino non intervenisset; usque adeo ut nec jurejurando confirmetur, quia lege prohibente contractum est, ut est constitutum *d. L. non dubium, C. de legib.* Ita si pecunia debitori vere numerata erit, eam certum est magistratui et cæteris qui eam dederunt, perisse. Sed pecunia cujus commodo cedet? manebitne penes debitorem, an eam fisco restituere cogetur? Et dum debitor nullum damnum sentiat, puto in hac pecunia exemplum pretii rei præsidi venditæ sequendum. Ut igitur re empta a præside, venditor rem suam recipit, sed dum ea babeat, æstimatio fisco infertur, ne ex alieni delicti pœna quam Reipub. pendi oportuit, venditor lucrum faciat: *d. L. aufertur. §. quod a præside. de jur. fis.* ita consentaneum est, si pecunia debitori data sit, dum nihil el absit amplius, sic eam præsidi danti amitti, ut

tamen lucro fisci cedat, non debitoris. Sed fieri potest, ut pecunia data non sit, quam debitor se accepisse confitetur, sed solum titulus mutui quæsitus sit, quo vel dominum, vel concussio aliqua, aut præda magistratus tegeretur. Quare si debitor negabit sibi numeratam, intra biennium quidem jure communi tutus est, opposita exceptione pecuniæ non numeratæ: nisi fiscus petitor probet pecuniam esse numeratam. *L. 3. C. de non num. pec. Inst. de lit. obl.* Post biennium autem amissa exceptione non aliter audiendus est, quam si doceat sibi pecuniam numeratam non esse, sed aliud gestum esse, et aliud simulatum. Cæterum si hoc probat, injuriam pati non debet. Inest quidem in aliis mutuis, et aliis literis post biennium literarum obligatio, quæ exinde omnino debitorem tenet. *d. tit. Inst. de lit. obl.* Sed hanc in proposito metuere non debemus, postquam lex totum hunc contractum, et obligationem quæ inde nasci potest, infirmat. Et vero publice expedit ejusmodi probationem quandoque admitti, ut magistratuum sordes, et rapinæ delegantur. *L. eum qui nocentem infr. de injur.* Facit hoc etiam ad magistratus ab hujusmodi sordibus magis deterrendos. Ex quo apparet esse hoc quoque ex sententia constitutionum, ut fiat: quando in mutuo prohibendo his propositum est efficere, ut magistratus ab omni sorde abstineant. *L. eadem. in fin. infr. de leg. Jul. rep.* His expositis, quando de mutui obligatione hoc titulo agitur, habemus hic species, in quibus regula juris de ea obligatione locum non habet. Regulariter definitur mutui dationo obligationem re contrahi inter dantem et accipientem, et hinc nasci certi condictionem. *Inst. quib. mod. re cont. obl. in pr.* Hoc ita est, nisi sint, qui dare jure prohibeantur. Prohibentur autem hi, de quibus hic cautum est, quamvis alioqui omnibus rebus præditi sint, quas mutuum desiderat, idest, et consensu, et rerum suarum alienandarum potestate.

Ad L. *Præsidis.* 34.

Paulus *lib. 2. Sententiarum.*

Præsidis provinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare, et fœnebrem exercere possunt. Præses provinciæ mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohibetur.

SUMMARIA.

1. *Magistratibus et officiis perpetuis superiore non esse interdicta, et cur.*
2. *Magistratus pecuniam mutuam dare prohibentur, non accipere.*
3. L. Quisquis, C. si cert. pet. *explicatur.*

1 QUÆ proximo capite magistratibus, et his qui in provincia officium administrant, prohibita esse diximus, inter cætera, ne pecuniam dent, fœnusve exerceant: etsi ita erant prohibita constitutionibus, ut in his nihil adderetur nominatim de magistratibus et officiis, quo temporalia a perpetuis distinguerentur: tamen id ex eo satis intelligebatur, quod constabat eas constitutiones cavere de magistratibus et officiis Romanis, seu Pop. Romani, quæ in provincia administrabantur. Erant enim populi Romani magistratus, et officia temporalia, utpote fere annua. Atque hic etiam intellectum est eas constitutiones ad officiales perpetuos, quales sunt non populi Romani, sed præsidis officiales, non pertinere: itaque non prohiberi eos mutuam pecuniam dare, et fœnebrem exercere, quod hic traditur: idemque et ad cæteras res, quas prohibitas esse diximus, referendum est. Et merito hæc perpetuis officialibus non sunt interdicta: alioqui enim eveniret, ut quoniam hi perpetui sunt, simul perpetuo prohiberentur emere, aut pecuniam locando sibi quid acquirere: quod nihil aliud esset, nisi his interdicere commercio, atque adeo civem in civium numero non habere. Temporales magistratus et reliqui officiales hujusmodi, moram exigui temporis facile ferre possunt: idque ex eo æquius est, quod magnum damnum non est in mora modici temporis. *L. si debitori,*

supr. de jud. De officialibus tantum præsidis hic dictum est, eos mutuam pecuniam dare posse, et fœnebrem exercere, non de aliis. Sed cum ratio addita sit, quia perpetui sunt: idem et in magistratibus ipsis recipiemus, si qui dentur perpetui, quales in maxima parte Europæ fere esse hodie videmus: nam et ad eos illa altera ratio, quam paulo ante reddidi, pertinet. Quod de personis officialium dictum est, eos qui superioribus constitutionibus non prohibentur, posse dare pecuniam mutuam et fœnus exercere, tantum ob id quia non prohibentur: hoc idem et de rebus prohibitis vult Paulus intelligi: ut quæ res superioribus constitutionibus non interdicuntur ipsis magistratibus, eas illi suo jure exercere possint, eadem illa ratione:
2 quia non prohibentur. ✝ Et hoc est quod subjicit, præsidem provinciæ mutuam pecuniam etiam fœnebrem sumere non prohiberi: quippe dare prohibetur. Longe autem aliam vim habet dare, aliam sumere. Dando sibi obligationem acquirit, quo prætextu multa ad se cum aliena injuria transferre potest. Sumendo se aliis obligat, in quo et res suas minuit, et alios auget, certe eo facto alios lædere non potest. Hac ratione dictum est, eum is qui in provincia officium administrant, prohiberetur inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere, non prohiberi eum in ea provincia filias suas in matrimonium collocare, et dotem constituere. *L. si quis officium*, §. *ult.*
3 *infr. de rit. nupt.* ✝ Sed quod dicitur præsidem provinciæ et eos omnino, qui in provincia administrant, mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohiberi, videndum, nom ei contraria sit *L. quisquis C. eod.* ubi non solum vetatur quis fœnebrem pecuniam mutuare judici, sed et judex mutuam accipere, et utrique si contra fecerit, pœna exsilii denunciatur. Etiam præses et omnes omnino, qui tribunali præsunt, judices vocantur. *L.* 1. *supr. de jud. L. qui restituere, supr. de rei vind. tit. de reb. auct. jud. poss. infr.* Et nihil hic contrarium est, si superior constitutio recte intelligitur. Habet autem hanc sententiam, non ut omnes omnino prohibeantur pecuniam fœnebrem mutua re ei, qui officio judex est; sed ut prohibeatur is solum, qui apud eum judicem litigat. Ratio constitutionis id declarat: quippe quæ ad eos tantum refertur, qui leges et judicium redimere pecunia tentarent: a qua suspicione longe abest is, ad quem judicium nihil pertinet. Verba quidem constitutionis prima fronte refragari videntur: sunt enim hæc: *quisquis mutuaverit, pœna exilii plectetur.* Sed quod additur, *judici*, verbum *quisquis* alioqui universale ad certam speciem personarum revocare intelligitur, nempe ut significetur quisquis litigator. Nemo enim recte dici potest pecuniam judici dedisse, nisi qui dedit ut judici. Is autem dedit ut judici, qui eum cui dedit, sibi habuit judicem. Quod si quis nihil rei habens cum foro pecuniam judici dedit, non alio loco id habendum est, quam si dedisset cuivis extraneo, qui judex non est. Hoc intellecto, bene inter ista convenit. Præses ut præses, seu dum nihil aliud impediat, quam quod est præses, pecuniam mutuam sumere non prohibetur; præses ut judex sumere prohibetur. Prius ita fit, si ab alio quovis accipiat, quam qui apud eum litiget: posterius ita, si judicio apud se constituto sumat a litigatore.

Ad L. *Periculum.* 35.

Modestinus *lib.* 3. *Responsorum.*

Periculum nominum ad eum, cujus culpa deterius factum probari potest, pertinet.

SUMMARIUM.

1. *Procuratores, tutores, actores municipium qui nomina minus idonea fieri passi sunt, quom culpam in eo præstent.*

Nomina in usu juris debita dici constat. *L. nomen, L. qui chirographum, infr. de*
1 *leg.* 3. ✝ Hi quorum culpa nomen deterius fit, sunt ii, qui rerum alienarum administrationem sustinent, et debitores domini convenire possunt; quo in numero sunt tu-

tores, et curatores, procurator, actores civitatis. Tutorem et curatorem pro domino rem in judicium deducere posse convenit. *L. tutor ad 22. L. vulgo, seq. infr. de adm. tut.* Idem possunt et actores civitatis, *L. 1. §. 1. supr. quod cujus. uni. no.* Idem maxime possunt procuratores propter domini mandatum. *L. maritus, C. de proc.* Fit istorum culpa nomen deterius, cum initio susceptæ administrationis debitores solvendo fuerunt: deinde dum eos non conveniunt, nomina fiunt minus idonea, seu debitores solvendo esse desinunt. Hoc cum fit istorum culpa, periculum nominum ad eos pertinet, ut hic scriptum est: quod declaratur in persona tutorum et curatorum in *L. 2. C. arb. tut.* Quo exemplo idem ad actores civitatis et procuratores transferendum est. Ut enim tutores et curatores culpam in administratione præstare debent: *L. quidquid, C. arb. tut.* ita et procuratores. *L. a procuratore, C. mand.* Tantum inter istos hoc interest, quod tutores, curatoresve, et qui necessitate muneris coacti res alienas gerunt, hoc tantum nomine tenentur, si culpa eorum lata debitores solvendo esse desierint, dum scilicet suos convenerunt, idem circa pupilli debitores omiserunt. *d. L. 3. C. arb. tut. L. chirographis, infr. de admin. tut.* Procuratores autem etiam negligentiam suam quamvis levem præstant. *d. L. a procuratore, L. procuratorem, C. mand.* Nam quod in *L. quidquid. C. arb. tut.* dicitur, omnem culpam etiam levem a tutore præstari: levem illic accipere debemus; quæ in faciendo sit, non in negligendo. Hoc enim exigitur a tutore, ut omne factum suum præstet pupillo, ubi quid aggressus est, quod facere non debuit, sicuti et a socio. *L. et quidquid, L. de illo, infr. pro soc.* Cæterum culpam quæ in negligendo sit, non præstat. Certi enim juris est a tutore non majorem diligentiam exigi in administratione tutelæ, quam quantam rebus suis solet adhibere. *L. 1. in pr. infr. de tut. et rat. dist.* Et merito: esset enim valde injuriosum plus ab invito exigere: constat autem munus tutelæ invitis imponi. Non idem dici potest de procuratore, qui et volens procurationem suscipit, et suscipiendo ultro de sua diligentia polliceri intelligitur.

Ad L. *Pecuniam*. 36.

Jabolenus *libro* 1. *Epistolarum*.

Pecuniam, quam mihi sine conditione debebas, jussu meo promisisti Attio sub conditione. Cum pendente conditione, in eo statu sit obligatio tua ad versum me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spopondisses, si pendente conditione petam, an nihil acturus sim? Respondit: Non dubito, quin ea pecunia, quam ipse sine conditione stipulatus sum etiamsi conditio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub conditione stipulatus est, non extiterit: credita esse permaneat. Perinde est enim ac si nulla stipulatio intervenisset. Pendente autem caussa conditionis, idem petere non possum: Quoniam cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

SUMMARIA.

1. *Pendente conditione posterioris stipulationis novandi animo interpositæ, ex priore stipulatione quamvis initio pura agi non potest.*
2. *Liberatus novatione sub conditione, sub contraria conditione ex priore caussa obligari intelligitur: aliter si per exceptionem liberetur sub conditione.*
3. *Novatio in proposito unde colligatur.*

QUOD mihi pure debes, id a te confestim possum petere, §. *omnis, Inst. de verb. obl.* Id si mandatu meo novandi animo promittas Attio sub conditione, si navis ex Asia venerit: exsistente quidem conditione novatio fit prioris obligationis, ut eodem tempore et libereris a me, et soli Attio incipias teneri. Conditione autem deficiente, nulla novatio est: quæ res facit, ut quemadmodum prius, sic nunc quoque mihi tenearis, §. *præterea, vers. quod autem, Inst. quib. mo. tol. obl.* Id autem significat ratio hoc loco subjecta in *vers. respondit.* cum ita dicitur: *deficiente conditione perinde esse, ac si posterior stipulatio nulla intervenisset:* hac enim non interveniente, non est ulla posterior stipulatio, in quam prior possit transferri, ac proinde nulla novatio, *L. 1. infr. de novat.* Quod si nulla hic novatio est, necesse est priorem obligationem in suo statu manere. Idem est, etsi adhuc pendeat conditio posterioris obligationis. Hæc usque ad hunc certi juris sunt omnia ex *d. §. præterea,*
1 *Inst. quib. mo. tol. obl.* † Hinc quæsitum, quod hoc loco tractatur in specie proposita: Cum pendente conditione posterioris stipulationis novatio præcedentis obligationis non fiat, an ex priore stipulatione pura possim tecum agere. Quod superioribus consequens esse quis dixerit. Nam si prioris obligationis novatio interim facta non est, quid aliud videtur dici posse, quam obligationem quæ novata non est, in eo statu, quo ab initio fuit, mansisse? fuit autem pura ab initio, et ex ea tecum confestim agere potui: quo fit, ut etiam nunc tecum agere possim quamvis pendente conditione. Hic Jabolenus pendente quidem conditione posterioris stipulationis, novationem prioris obligationis non fieri fatetur: sed interim ex priore stipulatione agi posse negat: hac ratione, quia licet non sit novata, tamen conditionalis et ipsa esse cœperit. Id indicat in extremo, cum ait, incertum esse cœpisse, an ex priore stipulatione deberi possit. Cur enim incertum? nempe quia videatur sub contraria conditione concepta esse prior stipulatio, si navis ex Asia non venerit: ut si agam prius quam ea conditio exsisteret, ante tempus agere videar. At quomodo prior stipulatio conditionalis videri potest, quam pure ab initio conceptam, nec verbis postea mutatam esse constat? Id effi-

est posterior stipulatio conditionalis: hæc enim sub conditione interposita, si navis ex Asia venerit, id præstat, ut si navis venerit ex Asia, quemadmodum ex posteriore stipulatione debiturus es, ita ex priore jam non debeas. Hanc enim vim habet novatio, ut prior tollatur, translata in posteriorem. *L. 1. infr. de novat. §. præterea, Inst. quib. mo. tol. obl.* Sic fit, ut pendente conditione posterioris stipulationis incipias ex priore liberari, seu non debere sub eadem ista conditione, si navis ex Asia venerit. Quod si ex priore stipulatione non debes hac conditione, si navis ex Asia venerit: consequens est te ex hac ipsa stipulatione sub contraria conditione incipere debere, si navis ex Asia non venerit. Quod enim in legatis dicitur, valet non minus et in hac specie. Si quod pure legatum est, sub conditione adimatur, transferaturve; hoc ipso legatum sub contraria conditione datum intelligitur, ut quod prius purum erat, conditionali ademptione incipiat et ipsum esse conditionale. *L. aliquando, infr. de cod. et dem.* Similiter et quæ stipulatio pura erat, si sub conditione translata et quasi novatione adempta sit, eam sub contraria conditione constitutam esse intelligendum est. Quod si ita est: verum est, quod Jabolenus respondet, quandiu incertum est, an posterioris stipulationis conditio exsistat necne, tandiu nec ex priore agi posse. Quid ergo si agatur? ante tempus, inquit, agere videor. Pœna indicatur in *§. hodie, Inst. de exc.* et *§. sed hæc quidem antea, Inst. de act.* de qua dicere non magis ad hunc locum, quam ad quamvis aliam obligationem conditionalem pertinet. Est igitur summa sententia responsi; stipulationem conditionalem novandi animo interpositam, etsi pendente conditiune priorum obligationem non novat, tamen hanc vim habere, ut eam cujus novandæ caussa interposita est, suspendat; hinc evenire, ut pendente conditione non magis ex priore agi possit, quam ex posteriore. Non debet nos movere, quod diximus pendente conditione novationem non fieri: Hoc enim sic accipi debet, ut non statim fiat, et absolute; cæterum sub conditione eam fieri verum est. *L. quoties, infr. de novat.*
2 ÷ Hoc eam vim habet, ut quemadmodum sub ea conditione prior obligatio tollitur, ita intelligatur vice versa hæc ipsa obligatio sub contraria conditione constitui; ut dicendum sit, posteriore stipulatione conditionali novandi animo interposito, priorem obligationem in totum sublatam non esse; at ita mutatum esse ejus obligationis statum, ut quæ prius pura erat, eodem modo incipiat esse conditionalis, contraria tamen conditione. Cum autem novationis sub conditione interpositæ vim hanc esse dicimus, apparet hoc dicere nos, vim eam esse liberationis sub conditione debitori tributæ; est enim novatio justæ liberationis species. *§. præterea, Inst. quib. mo. tol. obl.* Quod et verum est. Sed ad eas liberationes quæ ipso jure debitorem liberant, solum pertinet, qualis est novatio, de qua hic agitur, ut mox ostendam; ad eas liberationes, quæ jure ipso non liberant debitorem, sed solum per exceptionem, non pertinet. Idque jus expositum habemus in *L. pure, in pr. infr. de dol. mal. exc.* in hac specie: Pure mihi debes decem; ea tibi sub conditione legavi; in quo legato inest liberatio sub conditione legata. Num ergo hac liberatione conditionali secuta, fit, ut quod pure prius debebas, incipias jam sub contraria conditione debere, ut pendente adhuc conditione conveniri non possis? Imo placet heredem interim a te petere posse, nec doli exceptionem illi obstaturam; tantumque hoc exigi ab herede, ut legati hujus conditionalis nomine tibi caveat. Cur ergo dissimiliter, si a me liberatus esse novatione sub eadem conditione? Ratio ex genere et dissimilitudine utriusque liberationis intelligitur. Novatio exsistente conditione posterioris liberationis jure ipso te liberat: *§. præterea,* liberatio legata non nisi per exceptionem, prius quam ultro ab herede liberatus sis per acceptilationem. *L. 3. §. nunc de effectu. infr. de lib. leg.* Hinc quid agatur apparet, unde et differentiæ ratio nascitur. Si novationis hæc natura est, ut exsistente conditione posteriori stipulationis novandi animo interpositæ, ex priore obligatione nihil debeatur, quasi ea jam a principio sit sublata; perspicuum est id agi, ut nec pendente conditione aliquid ex priore obligatione petatur. Quoniam fieri potest, ut conditio posterioris stipulationis existat; qua exsistente fit aperte contra conventionem, si prius invitus debitor quid præstiterit, cum id ageretur, ut retroversus esset liberatus. Nec ad rem pertinet, quod potest conditio non exsistere. Nam cum possit etiam exsistere; in hoc incerto perinde debitor tuendus est, ac si nihil deberat. *L. sufficit, infr. de cond. ind.* Quod si liberationis conditionis hæc natura est, ut quamvis conditio ejus exstiterit, tamen non liberetur debitor ipso jure, sed jure civili adhuc pecunia debeatur, et peti possit, ut fit, cum quis solum habet exceptionem, *Inst. de excep.* idque ipsum secundum naturam liberationis agi intelligitur; quanto magis natura liberationis

et conventio facere intelligitur, ut pendente adhuc conditione pecunia peti possit? Absurdum sit enim et contra manifestam sententiam ejus, qui in debitorem quid collatum voluit, quod existente conditione liberationis illi non tribueretur, id pendente adhuc conditione illi tribui. Sed cur pendente conditione debitori non datur exceptio quæ conditione liberationis impleta daretur? quia res non patitur, ut ea exceptione utatur quam non habet: nec vero pendente conditione eam habere potest, quæ nondum nata est. Repugnat etiam conventio, quominus futura exceptione ante eventum conditionis utatur: cum ideo dies incertus adjectus sit, ut in eum diem exceptio differretur. Enimvero cur et nondum nata exceptione non perinde differtur petitio, quasi exceptio jam nata esset, propterea quod eveniente conditione nasci potest: quemadmodum et nondum nata liberatione, per novationem perinde petitionem differri dicimus, ac si jam liberatio nata esset propter incertum eventum conditionis? Quia exsistans posterioris stipulationis conditio facit, ut perinde habeatur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. *L. potior, infr. qui pot. in pig.* Unde hæc constituta si novandi animo interposita est, sic novationis jure et voluntate contrahentium priorem obligationem tollit, ut eam jam a principio ex quo interposita est, non patiatur valere. Secundum quam conventionem est, ne debitor pendente novationis conditione cogatur ex priore obligatione solvere; quia alioqui futurum sit ut si quandoque conditio exsistat, id solverit, quod ex eventu appareat illum reteo non debuisse. At cum liberatio nihil nisi exceptionem adfert; nihil prohibet, quominus exsistente ejus liberationis conditione obligatio prior usque ad illud tempus, quo exceptio nata est, recte consistat, et exinde solum exceptio locum habeat. Conditio autem huic liberationi adjecta ostendit, ut id natura rerum fieri potest, ita id ipsum actum esse, ut fieret: cum exceptio per conditionem sit in illud tempus, quo conditio exsisteret, a creditore delata. Itaque creditor pendente conditione hujus liberationis ita recte aget, ut nec cogendus sit debitori cavere se pecuniem redditurum, si liberationis conditio extiterit. Quod enim hæc cautio ab herede in superiore specie exigitur in *d. L. pure, de dol. exc.* propter legatum receptum est: quo in genere legatariis et fideicommissariis legatorum seu fideicommissorum nomine heres satisdare debet ex edicto. *L. 1. infr. ut leg. seu fid. nom. caveat.* Quæ satisdatio non item ab eo creditore sua petat si navis ex Asia venerit, et dum pendet, an conditio exsistat, id petat, quod ex obligatione pure debebatur. † Sed quoniam novationis mentionem sæpe antea fecimus, et in ea rationem hujus responsi posuimus: illud monendi sumus, quod in proposita specie dicitur, te quod mihi pure debebas, promisisse Attio sub conditione: intelligi debere factum a te esse novandi animo, ut et facti speciem supra proposuimus. Nam ni ita promisisses, maneret utraque obligatio, nec prohiberer ex priore stipulatione quandocunque visum esset, tecum agere, sive posterioris stipulationis conditio exstitisset, sive non exstitisset. *L. ult. C. de nova, d. §. præterea, in fin. quib. mod. tol. obl.* Nec quem moverit, quod de novandi animo nihil hic exprimitur. Species enim proposita ex sententia auctoris accipienda est. Jabolenum autem de posteriore stipulatione novandi animo interposita sensisse ex eo intelligimus, quod proponit novam personam intervenisse, cui promitteres. Novæ personæ interventu novationem fieri veteres credebant. *d. §. præterea*, Justinianus postea aliter constituit. *d. L. ult. C. de novat.* Sed hoc non facit, quominus verum sit Jabolenum, quo tempore scripsit, sub commemoratione novæ personæ intervenientis de novandi animo cogitasse. Novandi ergo animum ille desideravit, id et nos retinebimus. Cæterum si quæretur, quo modo hic animus declaretur, in eo Justiniani constitutionem sequemur, et te oportebit ita promittere Attio, ut nominatim dicatur id fieri animo novandi.

Ad L. Cum ad præsens. 37.

Papinianus *lib.* 1. *Definitionum.*

Cum ad præsens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur: etsi conditio vera sit, stipulatio tenet: quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent. Veluti; si Rex Parthorum vivit, centum (millia) dare spondes? Eadem sunt, et cum in præteritum conditio confertur.

Ad L. Respiciendum. 38.

Scævola *lib.* 1. *Quæstionum.*

Respiciendum enim esse, an quantum in natura hominum sit, possit sciri eam debitum iri.

Ad L. Itaque. 39.

Papinianus *lib.* 1. *Definitionum.*

Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur.

SUMMARIA.

1. *Conditiones in præsens aut præteritum conceptæ non proprie conditiones; cur, et quam vim habeant.*
2. L. sed etsi non, §. ult. D. de jud. *et* L. cum quidam, §. suum, D. de aeq. her. *explicantur, et ambæ inter se hac cum* hoc loco *concilientur.*
3. *Conditiones in præsens aut præteritum, quid prosit nosse non esse conditiones et cum non sint, cur vocentur.*

Quod dicitur in *L. certi supr.* condici non posse, si quid debeatur in diem, aut sub conditione. Quod item dicitur in *L. omnia, et L. proinde, seq. sup.* mutui obligationem conditione suspendi posse. Postremo quod in *L. pecuniam*, proxima dicitur, novatione sub conditione interposita, priorem obligationem suspendi: in his omnibus et similibus locis, hic admonemur conditionis verbo accipiendas esse eas conditiones, quæ in futurum conferuntur, quæ vere conditiones
1 sunt; † eas autem quæ in præsens aut præteritum conferuntur, hoc verbo non contineri: quippe has conditiones non esse. Veluti, si Titius consul factus fuit; vel, si Mævius vivit, dare spondes? Ad id significandum spectat, quod hic dicitur, his conditionibus stipulationem seu obligationem non suspendi, ut et in *L. conditio, infr. de verb. obl. et §. conditiones, Inst. de verb. obl.* Est enim hoc proprium conditionis, rem in aliquem casum deferre. §. *sub conditione, Inst. de verb. obl.* His autem conditionibus rem non suspendi, ex effectis singularum demonstratur et hic, et in *d.* §. *conditiones:* item in *d. L. conditio, infr. de verb. obl.* Species conditionum hujus generis hæ sunt. Aut enim falsæ sunt, aut veræ: nam de præteritis et præsentibus factis ita loquuntur veteres, et omnino ita loqui oportet. Effectus hic. Nam si falsæ sunt statim infirmant obligationem; si veræ, statim promissum debetur; ut dicendum sit ex his conditionibus aut statim nullam esse obligationem, aut statim

esse aliquam: quæ res ostendit hic rem non differri. Si conditio falsa est: statim perimi et infirmari obligationem scriptum est in *d. L. conditio, de verb. obl. et d. §. conditiones.* Pro eo quod est, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *d. § conditiones.* Quod abusive dictum esse constat. Nam si rem spectamus, falsum est: cum non possit perimi obligatio, quæ nulla est. *L. 5. infr. de ini. rup.* Sed cum ignorantia nostra spectatur, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio exstiterit, necne. Cujus ipsius ignorantiæ habita ratione dicitur obligatio perimi, cum apud nos certum esse incipit conditionem esse falsam. Est igitur hic sensus: cum quid promissum est hac conditione, si Titius consul factus fuit: si quidem ille consul factus non est, statim nulla est obligatio; si factus est, statim quod promissum est debetur. Quæsitum est, an hæc ita sint; etiam si Titium consulem factum esse aut non esse; et in universum an hæc ita sint, etsi hujusmodi conditiones exstitisse aut non exstitisse ignoremus. Et placuit ignorantiam nostram non esse spectandam, sed rei et naturæ veritatem, si modo in hominum natura id sciri potest. *L. respiciendum. seq.* ejusque rei hæc ratio redditur in *d. §. conditiones, Inst. de ver. obl.* quia quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet, apud nos incerta sint. Recte utrumque. Videndum est enim quid sit in conditione obligationis. Hoc si exstitit: obligationem natam; si defecit, obligationis spem præcisam esse necesse est. *L. stipulatio ista, §. alteri, infr. de ver. obl.* Atqui hæc erat conditio, non si Titium consulem factum sciremus, sed si Titius consul factus esset. Ac Titium jam consulem factum esse ponimus: de quo si nunc dubitamus, tamen id ita factum esse, postea constitit. Id si ita est, sine dubio exstitit conditio: non enim eo minus verum est illum consulem esse factum, quia id factum ignoremus. ✝ Sed videndum est, ne
2 sit his contraria sententia, quæ legitur in *L. sed etsi restituatur, §. ult. supr. de jud.* Paterfamilias mortuus est, relicto uno filio et uxore prægnante. Filius a debitoribus partem dimidiam crediti petit; quod facere potest, si unus filius tantum est in utero uxoris defuncti. Quæritur, an recte petat. Negat Paulus recte petere, quia plures nasci possunt. Quid tamen, si petierit, et postea unus filius natus sit; an non petitio confirmabitur, quia nunc ex eventu sciri cœperit unum tantum in utero fuisse, ideoque vere ad superstitem filium dimidiam partem crediti pertinuisse? Et placet non ideo dimidiam recte petitam, quamvis postea unus natus sit; cum potuerint plures nasci, etiam tunc cum per rerum naturam certum fuit unum nasci. Et additur ratio pene conceptis verbis superiori sententiæ contraria; non enim naturam rerum intuendam esse; sed nostram inscientiam inspici debere; cum prius utrumque contra diximus, et quod in rerum natura esset, esse spectandam, et contemni debere nostram ignorantiam. Nos observemus, quibus in rebus hæc dicantur: tum quam recte ita varie dicantur, intelligemus. Agit Paulus in superiore specie, ut apparet, de petitione, quæ suspenditur sub conditione in tempus præsens aut præteritum collata; nos hoc loco et similibus de obligatione, quæ in eundem casum confertur. Ille ait in summa, ea quæ in conditionibus his per rerum naturam certa sunt, si apud nos incerta sint, morari et impedire petitionem, quæ inde pendeat; nos autem, quamvis hæc apud nos incerta sint, non dicimus non morari petitionem, sed obligationem et jus petitoris. *d. §. conditiones, Inst. de verb. obl.* Optima ratione utrumque: nam obligatio ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solum pendet, non etiam ex ejus eventus probatione, *§. sub conditione, Inst. de verb. obl.* petitio autem, quæ judicio instituitur, etiam probationem ejus quod accidisse dicimus, non eventum tantum desiderat. Nihil enim prodest in judicio aliquid factum esse dicere nisi et probetur. *L. qui accusare, C. de eden.* Quapropter si constet per rerum naturam intentionem probari non potuisse, cum agitur, etiam petitionem nullius momenti esse necesse est. Ut tunc accidit, cum filius dimidiam petit, dum adhuc incertum est, an unus tantum postumus nascatur, an plures. Nec confirmabitur petitio, quamvis postea unus tantum natus sit: quia quæ ab initio non constitit, tractu temporis convalescere non potest. *L. quæ ab initio, L. quod initio, infr. de reg. jur.* Ut autem intelligatur hujus juris rationem in eo esse, quia de filii petitione agatur, cujus probatio cum sit necessaria, ea tamen per rerum naturam in proposito expediri non possit: finge in hac ipsa specie non de petitione filii, sed de ejus jure agi. Placet justa sententiam hujus loci si unus postumus tantum sit in utero (quod eventus postea docebit) filium superstitem ipso jure ex dimidia parte esse heredem, et pro dimidia parte debitores hereditarios esse illi obligatos, et haetenus illum teneri creditoribus hereditariis: nec obstare, quod nemo certo scire possit unum tantum filium utero

contineri: quoniam hic vere dicturi sumus, quod supra, quæ per rerum naturam certa sunt, ea non morari obligationem, licet apud nos incerta sint. Hoc quidem diserte scriptum est in *L. cum quidam*, §. *suum. infr. de acq. her.* ut appareat non esse dissentientes de hac re istas sententias, quæ referuntur in *d. L. sed etsi non.* §. *ult. supr. de jud. et d. L. cum quidam*, §. *suum, infr. de acq. her.* sed ut sunt de diversis rebus, ita propriis rationibus unamquamque recte defendi. Interim hoc ratum est, nunquam conditiones, quæ ad præsens aut præteritum conferuntur, morari jus cujusquam, quod ex his pendeat, quantumvis is cui jus tribuitur, eas exstitisse ignoret. Et quod morantur petitionem filii in specie supra scripta, non propter juris suspensionem accidit; sed propter ejus juris probationem, sine qua petitio procedere non potest: ut vere hic dici possit, quod Paulus in specie *L. duo sunt, infr. de test. tut.* non jus deficere, sed probationem. Non sunt ergo, ut est propositum, conditiones, illæ quæ ad præsens, aut præteritum conferuntur, quod quidem diserte affirmatur in *L. institutio, in fin. infr. de cond. inst.* ✝ Id eo spectat, ut 3 initio dixi, ut quæcunque de conditione in legibus constituta sunt, sciamus ad has conditiones non pertinere. Unde quibuscunque in caussis vetatur adjici conditio, quæque adjecta conditione infirmantur legibus, omnia sunt ejusmodi, ut in his supra scriptæ conditiones adjectæ nihil noceant. Ut declaratur exemplo exheredationis sub conditione scriptæ in *d. L. institutio, de cond. inst.* Cur igitur vocantur conditiones? quia verbis et figura orationis tales sunt; vi et potestate non sunt ut significatur in *L. Cornelius, infr. de her. inst.* Ideo in *L. itaque, s q.* hic de conditionibus in futurum collatis dicitur, has non verbis conditiones esse, sed potestatem conditionem obtinere.

Ad L. Lecta. 40.

Paulus *lib.* 1. *Quæstionum.*

Lecta est in auditorio Æmilii Papiniani præfecti prætorio Jurisconsulti cautio hujusmodi: *Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Mævio quindecim mutua numerata mihi de domo, et hæc quindecim proba recte dari calendis futuris: stipulatus est Publius Mævius; spopondi ego Lucius Titius. Si die suprascripta summa Publio Mævio, eive ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve nomine factum non erit: tunc eo amplius quo post solvam pœnæ nomine in dies triginta: inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Mævius, spopondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos uti Publio Mævio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei, heredive ejus.* Quæsitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta, incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset: igitur finito primo mense, primæ pensionis usuras curre: et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutæ (pecuniæ) pensionis crescere, nec ante sortis non solutæ usuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subjectum est, quidam dicebat ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quæ priore parte simpliciter in stipulationem venis-

sent: pactumque id tantum ad exceptionem prodesse: et ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim expressum esset. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si (ut ille putabat) ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa obtinuerit) usurarum tamen obligatio ipso jure non committeretur. Non enim in mora est is a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed si quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio extiterit, sicut est in fructibus, idem et in usuris potest exprimi, ut ad diem non soluta pecunia, quod competit usurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præstetur.

SUMMARIA.

1. *Cautio.*
2. *Auditorium.*
3. *Cautionis propositæ partes notandæ.*
4. *Sestertia quindecim hic numerata, et quæ sit hæc summa.*
5. De domo, *quid, et cur hæc verba in cautione adjicerentur.*
6. *Probare recte dari, quid.*
7. *Dato soluta, cur hic juncta.*
8. *Eo amplius quo post solvam, rectum et quomodo accipiendum.*
9. *Usura hic vocatur pœna, et cur.*
10. *Usura centesima hic promissa.*
11. *Quæstio hoc loco proposita.*
12. *Sententia Pauli de proposita quæstione.*
13. *Pacto hic subjecto immutatam esse stipulationem sortis ipso jure, et quomodo.*
14. *Inesse pactum stipulationi quid sit, et n. 25.*
15. *Exceptio pacti stipulationi inesse dici non potest.*
16. *Pactum propositum quomodo intelligatur inesse, et contineri stipulatione sortis.*
17. *Ratio dissentientium, cur pacto proposito non sit recessum a stipulatione usurarum.*
18. *Usuræ sortis ex stipulatione usurarum proposita, sine mora deberi non possunt.*
19. *Mora sorti non facta, etiam ipso jure stipulationem usurarum quæ ex mora debeantur, non committi.*
20. *Moram non facit, a quo propter exceptionem peti non potest.*
21. *Pauli sententia commendatur, et defenditur.*
22. *Usuras et sine mora ex conventione deberi posse.*
23. *Pacta conventa inesse stipulationi, quam sententiam habeat, ex professo tractatum.*
24. *Inesse stipulationi pacta tantum quædam etiam quæ in continenti secuta sint; et quæ, ac quam vim habeat, quod dicuntur inesse.*
25. *Inesse eadem et bonæ fidei judiciis, etiam ex intervallo interposita.*
26. *Inesse stipulationi pacta non omnia, quamvis interposita ex continenti et quæ non insint.*
27. L. petens, C. de pact. *explicatur.*
28. §. Seia, L. si ita quis, 135. D. de verb. ob. *sententia attingitur.*
29. *Pacta conventa stipulationi inesse, de quibus pactis dictum sit a Paulo, et definitio explicatur.*

LECTA EST) Cum Æmilius Papinianus esset præfectus prætorio, eoque et pro jurisdictione sua in auditorio suo jus redderet; delata est ad eum caussa, in qua ex cautione hic proposita controversia incidit. Quam ob caussam apud eum lecta et recitata cautio est, ut ex verbis existimari posset, quid
1 de quæstione nata judicari oporteret. † Cautio hic chirographum est, et ita passim chirographum dici constat *L. emptor*, §. 1. *supr. de pact. L.* 5. *supr. fam. er. L. qui tabulas. tota. infr. de fur.* Vel quia chirographum stipulationem continet. quæ proprie cautio nominatur, *L. sancimus. C. de ver. sig.* ut sit continens pro contento. Vel potius quia omne per se chirographum etiam

sine stipulatione cautio est; sit enim eo securior creditor de pecunia credita propter rei gestæ probationem, quæ inest in chirographo, cujus probationis constituendæ caussa omne chirographum datur. Securum autem aliquem facere de re aliqua est ei cavere, et cautio securitas illa est, qua res alicui collocatur in tutiore loco, *L. plus cautionis. infr. de reg. jur.* juncto, *§. ult. Inst. quib. mo. re cont. obl.* Quam rationem verbi tacite notasse videtur Ulpianus in *d. L. qui tabulas, ver. inde, infr. de fur.* dum chirographo quod cautionem nominat, utrumque hoc tribuit, et probationem, et quod per hoc
2 securior fit creditor. † Auditorium in usu juris magistratuum et judicium auditorum intelligitur, locus in quo jus redditur; sic dictus, ut apparet, quod ut caussis agendis destinatus est: ita in eo lites disceptationesque et concertationes ad caussam pertinentes cum litigatorum, tum patronorum et advocatorum a judicibus et magistratibus audiantur. Ad quod judicandum nunc duo loci sufficient; *L. minor*, 18. *supr. de minor. L. mulier*, 22. *infr. ad Treb.* Plura testimonia si quis desiderat, licet petere ex eruditorum hominum lexicis, quæ versantur in hominum manibus.

LUCIUS TITIUS) Verba sunt cautionis
3 propositæ, † in qua ad quæstionem de usuris hic positam, et Pauli de ea quæstione rationem intelligendam animadverti debet, tria hæc in summa contineri; stipulationes duas, et conventionem unam; hæc autem esse hujusmodi. Priorem stipulationem esse sortis, qua creditor stipulatus est totam sortem semel sibi reddi Calendis proximis. Alteram huic subjectam esse stipulationem usurarum, qua idem creditor stipulatus est totius summæ supra scriptæ usuras, si ea summa sua die soluta non esset. Conventionem esse eam, quæ ex continenti interposita sit, ut conditionem stipulationis sortis immutaret hoc modo. Nam cum ex stipulatione sortis solvi deberet tota sors proximis Calendis; conventione ea effectum est ut debitor Calendis proximis tantum necesse haberet ex supra scripta summa præstaret trecentos denarios, ac deinceps totidem singulis mensibus, qui postea consequentur, donec pluribus pensionibus divisim solutis, ea summa omnium fieret, quæ sortem conficeret. Hæc conventio cum de sorte tantum concepta esset; de usuris quæstionem attulit. Ad quam prius quam venio, verba cautionis quædam nobis attingenda sunt, de quorum sententia præcipue dubitari solet.

QUINDECIM MUTUA NUMERATA) Ex usu loquendi Romanorum aut denaria intelligere debemus, aut sestertia; his enim verbis ad pecunias et summas distinguendas in utroque genere utebantur. Pondo autem numerata, quod vulgo hic suppletur, nunquam illi dicerent; cum pondo appendantur, non numerentur. Sed, ut dixi, sic eorum usus fuit, ut denaria aut sestertia dicerent, cum summas notare vellent. Utrum ex his intelligamus, ad rationem recti sermonis, et ad mutui naturam nihil interest; sed denaria intelligi sententiæ loci non convenit. Proponitur enim convenisse postea ut trecenti denarii menstrui præstarentur ex sorte, eaque summa pro exigua sortis portione habetur. At isto modo portio multis partibus major esset, quam totum; cum in portione essent trecenti denarii, seu trecenta denaria (nam utrumque idem valet) in sorte autem essent tantum quindecim. Si hic supplemus millia quod quibusdam placet ut significetur quindecim millia denariorum mutua numerata: conveniet quidem summa sortis proposito, ut quæ multas ejusmodi summas contineat, quorum in singulis sint trecenti denari; qualem sortem hic accipi debere conventio subjecta ostendit. Sed verendum est, ne verba non ferant · dicuntur enim hic tantum quindecim, non quindecim millia. Inter quæ quantum intersit, nihil necesse est dicere; est enim in promptu. Verendum etiam, ne id faciamus sine exemplo. Animadverto enim alibi, cum in denaris datis milienarium numerum veteres intelligi voluerunt, eos nominatim expressisse, ut fit in *L. Publia*, *§. fi. infr. dep. L. si ita stipulatus*, *§. Chrysogonus, infr. de ver. obl.* † 4
Melius est igitur, ut quindecim sestertia hic intelligamus. Et vero consuetudo loquendi apud Romanos recepta ita faciendum esse monet; nec quidquam est in verbis aut sententia hujus loci, quod refragetur. Consuetudo loquendi hæc fuit, ut Budæus docet *lib. 2. de asse*, ut cum veteres dicebant decem, viginti, centum mutua rogata aut data esse, intelligerent sestertia; et centies datum erat, centies sestertium seu sestertiorum: quod ille multis et idoneis testimoniis confirmat. Ut autem usus recipit, ut sestertia recte intelligamus; ita etsi nihil amplius dicamus, quam quindecim sestertia numerata: idest, nullum numerum adjiciamus præter eum, qui hic expressus est; tamen his verbis ea summa exprimitur, quæ nihilo minus, quam superior, sententiæ hujus loci congruat; continet enim et ipsa sæpius trecentos denarios, quod fingi ad sententiam hujus loci volumus. Nam ut

idem eodem loco scribit, sestertium in neutro genere valet mille sestertios nummos: ut cum dicimus quindecim sestertia esse numerata, hoc dici intelligatur, numerata esse quindecim millia sestertiorum nummum: cujus summæ exigua pars est trecenti denarii, de quibus per singulos menses præstandis conventio subjecta esse proponitur. Nam quod idem ibidem docet, valuit denarius quatuor sestertios nummos; ut hinc colligere liceat in summa quindecim millium sestertiorum contineri ter mille septingentos quinquaginta denarios. Hæc enim summa si quadrupletur in sestertiis, ut facere oportet, si in unoquoque denario insunt quatuor sestertii: efficiet quindecim millia sestertiorum: quam summam statuimus. Hoc idem et Alciatus sentit.

5 DE DOMO) † Scribit quidem Donatus in *Adelph. act.* 2. *sc.* 4. item in *Phor. act.* 5. *scien.* 7. quod et alii eruditi viri nonnulli hic annotarunt, apud veteres magis pecuniam numerari solitam de mensa, idest, per argentarios et nummularios, quam de domo et arca creditoris, et præterea ubi pecunia numerata esset, solere adjiei. Sed neque cur per argentarios pecunia soleret numerari, neque quamobrem hæc verba, *de domo*, adjicerentur, docet: quod ex libris nostris intelligi potest. Didicimus igitur argentariorum officium et ministerium publicum fuisse: horum præcipuam operam fuisse banc, ut singulorum rationes diligenter conficerent de pecuniis quas acciperent, quasque erogarent. *L. prætor. in pr. L. argentarius, in pr. supr. de ed.* Eandem caussam fuisse et nummariorum. *L. quædam*, §. *nummularios. supr. eod.* Quæ rationes, quæque scripturæ ad officium pertinentes ab his conficerentur, eas fidem habuisse publicam; certe fuisse ejusmodi, ut his probatio rationum maxime contineretur, unde et ad fidem earum sæpissime decurrebatur, *d. L. quædam*, §. *nummularios.* Hinc mensæ scriptura inter genera probationum in *L. qui tabulas*, §. *inde infr. de fur.* Hac de caussa in pecuniis dandis reddendisque et accipiendis solebat res transigi per nummularios, quia et facilius per eos transigebatur, et publica fide. Id autem si quando factum non esset; quia factum id erat præter morem usitatum, ideo in chirographo privato caussa reddebatur, cur ad nummularios itum non esset. caussa vero hæc erat, quod pecunia numerata esset a creditore de domo, seu ex arca ejus, ut hic et *L. quidam infr. de const. pec.*

6 PROBA RECTE DARI) † Adjecta sunt hæc verba, magis quo res planius exprimatur, quam quod fuerit necesse adjici. Nam debitor citra aliam creditoris cautionem nummos reprobos solvendo non liberatur. *L. eleganter*, §. *qui reprobos, infr. de pig. act.* Recte autem valet sine incommodo et damno creditoris: *L. aliud est capere*, §. *ult. infr. de verb. sig.* Porro ut de eo nihil aperte cautum sit; tamen alia forma, aliave qualitate pecuniam solvere, quam qua accepta est, ut creditor ex ea re aliquod damnum sentiat, debitori non licet, *L. debitorem*, 99. *infr. de solut.*

DATA, SOLUTA, SATISVE EO NOMINE FACTUM NON ERIT) † Solvere pecuniam est naturaliter numerare, *L. solutam*, *infr. de sol.* Satisfacere eo nomine est. pro eo quod debemus, creditori aliquid præstare, quo ille sit contentus, quodque admittat vice solutionis. *L.* 5, §. *satis acceptio, infr. de ver. obl. L. si rem*, §. *omnis, infr. de pig. act. L. item*, §. 1. *infr. quib. mod. pig. vel hyp. sol. d. L. solutam, in fin. de sol.* Quo duo cum ita differant, recte utrumque comprehensum est. At illud, *dato*, superfluum videri potest. Et est omnino, *si data soluta* pro disjunctis accipimus: sufficiebat enim soluta dicere: eum non solvatur pecunia, nisi detur, id est, ita tradatur ut transferatur aliam ejus dominium in creditorem, *L. cum quis*, §. *qui hominem, L. qui sic solvit, infr. de sol.* Sed possunt hæc duo, data soluta, pro una re accipi, nempe pro ea cujus finis sit solutio ut sit sensus; si ea pecunia non erit data solutionis caussa, quod per τμῆσιν defendi potest Virgilianæ illi non dissimilem, pateris libamus et auro, idest, pateris aureis; quo sensu dici potest sine vitio ista conjungi. 7

TUNC EO AMPLIUS QUO POST SOLVAM) † Si ita legeretur, *quoad post solvam*, non negem id et ad sententiam hujus loci, et ad rationem recti sermonis non inepte dici, Quin etiam eadem forma loquendi Paulum uti paulo post constat; illic. *dicebam*. Sed consentiunt omnia exemplaria in hanc lectionem, *quo post solvam*, non tantum hic, sed etiam in *L. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus, infr. de ver. obl.* Et vero hanc lectionem retinendam esse arbitror; pertinet enim ad sententiam stipulationis de tempore, quo usuræ præstari debeant, certius et clarius exprimendam. Nam si dicimus usuras promissas, quoadusque sors soluta esset: dubium adhuc relinquitur, utrum debeantur usuræ non tantum ejus temporis, quod calendas sequitur, sed etiam ejus quod antecedit. His autem verbis, *quo post solvam*, declaratur promitti usuras so- 8

lum ejus temporis, quo post Calendas sors solvetur, non etiam præcedentis. Estque hic sensus verborum: promitti usuras amplius eo, id est, præter id, *quo* idest, in quo ego debitor post Calendas solvam, idest in summa, præter sortem, quæ post solvetur.

9 POENA NOMINE) † Usuram hic promitti manifestum est; promittitur enim pecunia pro usu sortis. Sed et quæ accessio hic promittitur, ea postea singulis prope lineis usura appellatur, in *vers. quæsitum est, et et deinceps.* Cur igitur hic vocatur pœna? quia non minus hæc ipsa usura in hac specie pœna est. Non enim simpliciter pro usu pecuniæ mutuo datæ promittitur; sed sub conditione, si sors sua die soluta non erit. Pœnam autem in stipulationibus et legatis dici constat omnem summam, cujus præstatio imponitur debitori hac conditione; si aut non fecerit quod illum facere oportebat, aut contra quam cautum est, fecerit, *§. ult. Inst. de ver. obl. §. ult. Inst. de legat.* Et recte: injicitur enim hæc præstatio coercendi debitoris caussa, ut est in *d. §. ult. Inst. de legat.* generaliter autem pœna dicitur, omnis delicti vindicta et coercitio. *L. aliud est fraus. infr. de ver. sig.*

10 IN DIES TRIGINTA) † Quod hic dicitur pœnæ nomine de singulis centum denariis promitti unus denarius, idest, pars centesima idque in singulos triginta dies, idest, in singulos menses, aperte eo spectat, ut significetur hic promitti usuram centesimam. Usura namque centesima est centesima pars sortis in singulos menses, ut inter omnes eruditos convenit; de quo scripsi in Commentario *De usuris.*

CONVENITQUE) Conventio est, de qua initio dixi; qua diligenter notandum est non id agi, ut quid novi creditori detur, aut ut quid creditor petat ex ea conventione, quod prius non liceret; sed contra ut ei illi detur, neve is petat, quod prius ex stipulatione sortis petere poterat. Nam cum prius ex stipulatione sors tota ei deberetur: conventione hac effectum est, ne sortem totam semel posset petere, sed tantum ex sorte trecentos denarios singulis mensibus donec pensionibus menstruis omnibus in unum collatis tota sors confecta esset. Quod quam conducat recte expendi, quamque pertineat ad interpretationem illius sententiæ, quæ sequitur, *pacta in continenti facta inesse creduntur, postea dicetur.*

EX OMNI SUMMA EI HEREDIVE EJUS.) Inculcatio hic est; sed tamen non prorsus otiosa, ne quis eam continuo repudiet. Prius enim dictum erat, ut trecenti denarii menstrui præstarentur ex summa supra scripta; sed non erat additum placere ne præstari ex omni summa, an ex parte: nunc ergo additur ex omni summa. Dictum erat debere me ex ea summa trecentos denarios menstruos refundere P. Mævio (sic enim legendum esse omnes vident, non ut in Pand. Florentinis, pro Mævio) De heredi Mævii nihil dictum erat: quare et de eo nunc additur. Itaque sic locus accipi debet; quasi ita scriptum esset; convenitque inter nos, uti P. Mævio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecentos; et id, ne qua sit dubitatio, non ex parte aliqua ejus summæ, sed ex omni summa; nec tantum Mævio, sed etiam hæredi ejus.

QUÆSITUM EST DE OBLIGATIONE USURARUM: QUONIAM NUMERUS MENSIUM, QUI SOLUTIONI COMPETEBAT, TRANSIERAT) Re ita composita, ut supra scriptum est, acciderat, ut numerus mensium, qui solutioni competebat, transiisset, ut Paulus loquitur: id est, ut præteriissent omnes menses, qui ad solutionem sortis constituti erant, seu quibus sors tota divisis pensionibus solvi poterat, et debebat. Hi sunt tredecim circiter menses, ut quidem quindecim sestertia mutua data esse supra interpretati sumus: quorum mensium unoquoque si solvantur trecenti denarii juxta conventionem, efficitur summa ter mille septingentorum quinquaginta denariorum. Atque ita hi menses præterierant, ut nullo mense pensio constituta soluta esset: ut sic usuræ omnium mensium deberentur ex stipulatione usurarum. Hinc de usurarum obligatione quæsitum est. Quid quæsitum sit, Paulus non exprimit; sed ex eo quod respondet, facile intelligitur: id enim responso decidit, quod in quæstione fuerat. † Quare 11
cum dicat in proposito non totius sortis usuras singulis mensibus deberi, sed tantum cujusque pensionis suo mense non solutæ: satis declarat hoc ipsum quæsitum esse utrum sorte singulis mensibus non soluta totius sortis usuræ per singulos eos menses debeantur, an vero ejus tantum pensionis, quam ex conventione subjecta per eos menses licuit solam præstare. Non hic quæritur, ut Accursius putat, quo ex die incipiat currere stipulatio usurarum, et sortis. Nam de eo apud Paulum nihil respondetur, ut observabimus in *vers. dicebam:* et cur de die stipulatione comprehenso dubitetur, an manere debeat, cum is pactu non mutetur? Multo minus quæritur, an ex pacto hic subjecto actio nascatur. Nam quomodo esse posset actio ex ea conventione, quæ non ad obligandum pro-

missorem interposita est, sed ad liberandum? Et male dictum Pauli de pactis quæ insunt. Accursius accepit, cum id eam sententiam habere existimavit, quasi diceretur id pactum, actionem parere, ut suo loco intelligetur. Una, ut dixi, quæstio est, an tota sorte non soluta debeantur usuræ totius sortis; an solum illarum pensionum, quæ unoquoque mense solvi debuerunt. Quæstio in eo est, utrum ea conventione quæ secuta est, a priore stipulatione usurarum recessum sit, an non sit. Nam si recessum non est: totius sortis usuræ ut ab initio, ita etiam nunc debentur. Si est recessum similiter, ut et a stipulatione sortis, evenict ut quemadmodum solum trecenti denarii singulis mensibus ex stipulatione sortis præstari debent; ita his suo tempore non solutis solum illarum summarum usuræ debeantur, non totius sortis. Ideo in eo controversia constitit. Quod ex concertatione Pauli et aliorum a Paulo dissentientium, quæ deinceps exponitur, liquido intelligi potest. Cum enim existimaret Paulus, singularum pensionum duntaxat usuras deberi: hac ratione usus est, quod diceret conventione subjecta recessum esse a stipulatione usurarum. Cum alii dissentirent, putarentque tota sorte singulis mensibus non sola totius sortis usuras deberi: id rationis habuerunt, quod conventio, quæ de sorte solum interposita est, nihil pertineret ad stipulationem usurarum, eoque de ea nihil immutasset. Quæstio ergo, ut dixi, in eo est, an a stipulatione usurarum recessum sit, superiore conventione. Quid est igitur, cur amplius dubitemus, dicet aliquis, cum conventio de sorte sit, non de usuris? Et si verba conventionis solum spe-
11 ctamus, non est recessum: sin vim et potestatem conventionis, contra est. Non enim potest a stipulatione sortis recessum esse ita, ut ex ea solum trecenti denarii debeantur, quin recessum sit et a posteriore usurarum. Ergo res eo deducitur, ut quæratur, quam vim hæc conventio habeat ad immutandam stipulationem cum sortis tum usurarum: qua de re inter Paulum et adversarios fuit contentio. Sed quid hic quæstionem faciat, de eo planius ex responso et ratione Pauli, tum adversariorum rationibus et harum refutatione intelligetur.

12 DICEBAM) † Sententia Pauli de proposita quæstione hoc loco exposita, hæc est: Conventione hac in continenti interposita, ut debitor ex sorte refunderet solum debeat singulis mensibus trecentos denarios, perinde stipulationes præcedentes accipiendæ sunt, quasi creditor trecenos istos denarios singulis mensibus sibi dari stipulatus esset: ac nisi supra scripta summa suo quæque tempore soluta esset, ejus summæ stipulatus esset usuras. Id quod si factum esset, constaret trecentis denariis menstruis un-quoque mense non solutis, ejus solum pensionis usuras deberi, non totius sortis. Ideo et nunc idem statui oportet. Quapropter si primo mense trecenti denarii soluti non sint: ejus pensionis usuræ current, inquit Paulus, idest, incipient deberi ita, ut solæ debeantur. Quod si nec per secundum aut tertium tractum soluti fuerint (sic mensem vocat, quia is tractus est, et spatium ad solvendam quam quæ pensionem constitutum) si, inquam, per tres menses trecenti illi denarii soluti non erunt: usuræ, inquit, non solutæ pensionis crescent. Innuit hoc verbo postremæ quidem pensionis quæ tertio loco solvi debebat, usuras incipere deberi, et semel deberi, quoniam uno tantum mense ea pensio dilata est: at usuras præcedentium pensionum incipere deberi sæpius, pro numero videlicet mensium, quibus illæ pensiones non sunt solutæ: puta secundæ pensionis debebuntur usuræ bis, quia pensio secundo et tertio mense soluta non sit; primæ autem pensionis usuræ ter, quia ea pensio nullo ex tribus mensibus soluta fuerit. Quod in præcedentibus pensionibus eodem modo accidit: ut fierat, si totius sortis usuræ promissæ essent, si sors sua die soluta non esset: sorte enim deinde per plures menses non soluta, singulorum mensium deberentur usuræ, et ita per singulos sequentes crescerent. Sed in summa hoc declarat, usurarum in proposito hanc esse conditionem, ut his pensionibus non solutis, quæ unoquoque mense solvi debuerunt, nihil amplius præstari debeat usuræ nomine, quam usura uniuscujusque pensionis, non totius sortis, quæ unoquoque mense soluta non fuit. Numquamne ergo totius sortis usuræ in hac specie peti poterunt? Imo, inquit, poterunt sed tunc solum, cum tota sors peti posse cœperit: quod evenit, bis mensibus præteritis, qui solutioni menstruarum pensionum constituti erant. Non adjicit Paulus, unde primum mensem solvendæ primæ pensionis numeremus, ut eo finito exinde ejus pensionis usuræ cedant. Ideo quæri solet, utrum ex Calendis proximis quæ stipulatione sortis comprehensæ sunt, cum numeremus; an potius ex die interpositæ stipulationis: ut quemadmodum pacto, quod postea secutum est, mutatus est modus sortis solvendæ: ita mutatus sit et dies solvendi, ac proinde usurarum. Sed cum creditor conventione tantum sortem, quam ex Calendis proximis præstare oportebat, di-

viserit, in die autem stipulationis aperte nihil immutarit: diem manere oportet. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? ut est in *L. sancimus. C. de testa.* Itaque hoc convenisse intelligendum est, ut ex Calendis proximis non jam totam sortem solvi oporteat, sed solum trecentos denarios menstruos, ut prius ex stipulatione necesse erat: ex Calendis tamen, qui dies aperte mutatus non est. Atque hæc Pauli de proposita quæstione sententia est, comprehensa hoc loco usque eo, *Pactum autem, quod subjectum est.* Sed obstabant Paulo verba stipulationis usurarum, quæ ita concepta est, ut quemadmodum sors tota promissa erat stipulatione sortis: ita si hæc soluta non esset, promitterentur hujus summæ, idest, totius sortis usuræ. Et necesse est tolli quæstionem, ac falsam videri Pauli sententiam, nisi hoc dicitur, pacto quod postea secutum est, recessum esse a stipulatione usurarum: ut jam non nisi trecentorum denariorum menstruorum usuræ debeantur, si hi aliquo mense soluti non essent. Quam enim stipulationem ab initio fuisse constat, nisi ea sublata aut mutata postea est, eam necesse est etiam nunc manere. Ergo hoc ipsum respondet Paulus, revera et hic superiore pacto ab usurarum stipulatione recessum esse. *Dicebam*, inquit, *perinde esse, ac si creditor certam summam*, eam ipsam nimirum quæ conventione comprehensa est, *stipulatus, hujus summæ usuras adjecisset*, atque ita a priore stipulatione usurarum totius sortis recessisset. At hic rursum occurrebatur Paulo ex verbis conventionis Nam ea conventione de sorte tota semel non præstanda cautum est: de usuris totius sortis non præstandis nihil. Quare etiam nunc post eam conventionem sorte tota non soluta totius sortis usuras deberi oportet. Et omnino ita res habet, ut, si dicatur hac conventione recta et aperte a stipulatione usurarum recessum esse, perspicue falsum sit: cum nullum sit verbum in ea conventione de usuris. Sed per consequentiam stipulationis sortis ab ea recessum esse vult, idque ita ostendit; probat enim pacto mutatum esse stipulationem sortis, conversa priore summa in eam summam, quæ pacto continetur. Ex, quo colligit simul discessum esse a priore stipulatione usurarum totius sortis, et jam novæ solum istius summæ quæ in stipulationem sortis deducta videtur, usuras deberi. Perinde est, inquit, ac si certam istam pecuniam trecentorum denariorum, de qua in conventione agitur, per singulos menses creditor esset stipulatus; quo posito etiam illud consequens est, quod subjicit, ut videatur qui eam summam ita stipulatus est, ejus quoque solius summæ, si soluta non esset, usuras adjecisse. Si prius verum est: recte colligitur posterius, etiam hactenus stipulationem usurarum e se immutatam, et solum trecentorum menstruorum, qui soluti non erunt, deberi usuras. Nam in cautione proposita sic concepta est usurarum stipulatio, ut non contineat certæ alicujus summæ et definitæ usuras; sed ejus solius, quæ stipulatione sortis præcedente comprehensa erit: sic enim conditio est stipulationis usurarum, si summa supra scripta data soluta non erit. Quibus verbis efficitur, ut si tota sors prius semel promissa sit, etiam hac non soluta totius sortis usuræ debeantur: sin deducti sint in stipulationem sortis trecenti tantum denarii menstrui, hujus etiam summæ usuræ promissæ intelligantur, non totius sortis. Nec quenquam hic moverit, quod dicitur pactum de una re factum, in alia re non nocere. *L. si unus*, §. *pacta*, illic, *ante omnia*, *supr. de pact.* Id enim ad alias res principales, non ad accessiones rei principalis de qua cautum est, pertinet. Certi enim juris est principali obligatione sublata aut mutata, tolli etiam aut mutari eas obligationes, quæ accessionum locum obtinent. *L. in omnibus*, *infr. de sol. L. cum principalis*, *infr. de reg. jur.* Hic autem stipulationem usurarum esse accessionem stipulationis sortis, et ex ea pendere, cum usurarum natura ostendit, de qua in *L. eos*, *in pr. C. de usur.* tum maxime conceptio et conditio superior stipulationis usurarum. Itaque in ea collectione quam dixi, probanda non laboravit Paulus hoc loco, ut quæ per se pateret ex supra scripta conditione. † Solum illud, quod firmamen- 13
tum habuit sententiæ suæ, sibi attingendum putavit, ut probaret ea conventione quæ subjecta est, immutatam esse sortis stipulationem: et in eo est, ut ostendat immutatam esse ipso jure: idest, ita eam jam accipi debere, quasi ea stipulatione creditor trecentos tantum denarios ex sorte singulis mensibus sibi refundi stipulatus esset: quod merito sibi probandum putavit, indiget enim maxime probatione. Nam quomodo videri possunt trecenti denarii per singulos menses stipulatione promissi esse, qui verbis in stipulatum deducti non sunt? Probat autem hac ratione, a qua statim exorditur: *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur.* In qua ratione tria quærenda sunt: Primum quid hæc sententia ad rem pertineat, ut hinc efficiatur quod propositimus. Nam si ex ea id non efficitur, nihil necesse est longius progredi, et hoc quæri, su

sententia vera sit, necne. Deinde si apte adhibetur ad id probandum: an per se sententia, quatenus huic loco convenit, vera sit. Postremo an generaliter et in universum accipienda, uti hoc loco verbis quoque generaliter concepta est. De quibus dicam ordine.

Recte vero, ut a mente Pauli primum ordiar, ad id quod propositum est, superior sententia adhibetur : atque adeo id ipsum ea sententia efficitur. 14 ✝ Inesse enim stipulationi significat, stipulatione contineri. Nam quod Ulpiano valet, pacta in continenti facta inesse bonæ fidei judiciis seu contractibus, in *L. jurisgentium*, *§ quinimo*, *supr. de pact.* id Papiniano valet, pacta hujusmodi contractu emptionis contineri in *L. pacta conventa, infr. de act. empt.* Quid autem fieret, si stipulatione sortis contineretur hoc pactum, ut ex summa supra scripta menstruos solum refundere promissor deberet denarius trecenos? Nempe hoc eveniret, ut hi ipsi ex stipulatione soli deberentur, sors autem non deberet præstari Calendis : quia conventione id comprehensum esset, et stipulatio id ipsum contineret, quod conventio. Ergo et nunc idem fiet, ut sic putemus priorem stipulationem in eam ipsam summam esse conceptam, quæ summa conventione continetur ; atque ita non jam quindecem millia sestertiorum promissa, ut ante; sed solum treceni denarii menstrui in stipulatum deducti esse intelligantur. Quam esse Pauli sententiam ut quivis possit cernere, id ipsum est, quod ille ex hac ratione colligens, ait *perinde esse*, ac si creditor summam hanc certam ex tota sorte stipulatus esset sibi reddi singulis mensibus, ideo enim *id perinde est*, quia ita eveniret, si pactum contineretur stipulatione, seu in his rebus 15 de quibus convenit, stipulatio constaret. ✝ Et notandum est Paulum non dicere, pactis in continenti factis eorum pactorum exceptionem inesse stipulationi, ut quidem Pauli dictum acceperunt ; sed aperte ipsa pacta stipulationi inesse : quod et recte dicitur. Necesse est enim inesse, quod stipulatione continetur, quodque in partem venit stipulationis. Illud autem neque verbis convenit, ut interpretemur dici hic exceptionem pacti in continenti facti inesse stipulationi cum longe aliud sit pactum, aliud exceptio, quæ inde nascitur : neque per se ullo modo recipi potest, ut dicatur exceptio pacti stipulationi inesse. Potest quidem dici exceptio, inesse judicio, seu judicio contineri : quia exceptio judicii pars est similiter, ut actoris intentio. Et vero ita a juris auctoribus dicitur, cum de bonæ fidei judiciis agitur. *L. 3. infr. de resc. vend. L. hujusmodi, §. qui servum, infr. de legat.* 1. Quominus autem dicatur vel stipulationi vel alii contractui inesse, etiam natura ipsa refragatur : cum id solum insit contractui, quod ejus contractus pars est, seu quod ab eo continetur. Nemo est autem, qui nesciat, exceptionem quæ perfecto jam contractu et conventione nascitur, quæ firmandæ retinendæque conventionis perfectæ caussa datur, quæ eadem in jure posita est, non in facto : rem esse extra contractum maxime, eandemque a contractu maxime sejunctam et separatam, ut plane contractus pars esse non possit, aut contractu contineri. Ac demus etiam dici exceptionem hujus pacti inesse non stipulationi sortis, sed judicio quod ex ea stipulatione institutum erit. Locuti quidem erimus eo modo, quem natura rerum ferat ; sed nihilominus et hanc sententiam jus repudiat ; quod exceptione in lite contestanda non oppositas interdum judicio inesse patitur, sed solum in bonæ fidei judiciis ; *L. hujusmodi. §. qui servum, infr. de legat.* 1. *d. L. 3. infr. de res. vend.* in strictis non aliter admittit, quam si sint in initio contestatæ ; *L. præscriptionem*, *L. si quidem*, *C. de except.* stricti autem judicii esse constat stipulationem. *L. in actionibus*, *vers. plane*, *cum L. seq. infr. de in lit. jur.* De exceptione ergo pactorum Paulus non loquitur, sed de pactis. Et recte : Illa stipulationi inesse non potest, sive stipulationis verbo contractum placeat intelligi, sive judicium ex stipulatu ; hæc possunt in continenti secuta stipulationi inesse hoc modo, dum his efficitur, ut secundum eorum formam renovata intelligatur præcedens stipulatio : quod Paulum sentire verba quæ sequuntur perspicue ostendunt. Adhibetur igitur recte hoc sensu superior sententia ad efficiendum id quod de renovata stipulatione sortis propositum est : si modo hoc ipsum quod dicitur, pacta in continenti facta stipulationi ita inesse, quasi quod pacto continetur, in stipulatum deductum esset, vere etiam dicatur : de quo non immerito dubitatur.

Itaque sequitur, ut quod secundo loco quæsivimus, de eo videamus. ✝ Et quidem 16
hic nobis statim opponitur natura stipulationis. Hæc enim ut verbis conficitur : *L. 1. §. verbis, infr. de obl. et act. L. 1. infr. de ver. obl.* sic de re quam ex stipulatione deberi volumus, ita verba desiderat, ut nisi quid verbis stipulationis palam expressum, sit, placeat id pro omisso haberi. *L. quid-*

quid, infr. de ver. obl. Qui igitur convenit in proposito dici pactum de trecenis denariis, menstruis interpositum ita inesse stipulationi, ut videantur jam hi ipsi stipulationi esse promissi, de quibus ita præstandis nihil stipulationis verbis expressum est? Et si probatur verbis præcedentis stipulationis eam summam contineri, de qua postea pacto cautum est, et præterea quod amplius in stipulationis conceptione fuit, propter subjectum pactum stipulatione non contineri: omnes concedent natura ipsa stipulationis et jure certo ac communi fieri, ut summa pacto comprehensa ex stipulatione priore debeatur et debeatur sola: atque ita secundum formam pacti ex continenti secuti ea stipulatio rite renovata atque alia quodam modo contracta intelligatur. Id vero fit hoc modo. Cum enim tota sors ab initio promissa est: re ipsa singulæ partes sortis promissæ, et verbis contineri intelliguntur. Ita qui ter mille septingentos quinquaginta denarios Calendis est stipulatus, satis trecentos denarios, quæ pars est illius sortis et Calendis, et deinceps omnibus temporibus sibi dari stipulatus est. Atque ut hi treceni denarii menstrui prius verbis promissi sunt; ita post conventionem de his solis refundendis ex continenti interpositam retroversus hi ipsi soli in priorem stipulationem deducti existimandi sunt. Quod etsi prima fronte videtur verbis stipulationis refelli, quibus sors tota in stipulatum deducta est: tamen et per se verissimum est, et naturæ stipulationis ita dici maxime congruit. Non enim sola verba perficiunt stipulationem: sed et consensu ad eam rem est opus, ac sine eo stipulatio nulla est. *L. inter* §. 1. *L. continuus*, §. 1. *infr. de ver. obl.* Quapropter etsi verum est verbis stipulationis totam sortem ab initio contineri: tamen si in continenti consensum est, ne quid præstetur singulis mensibus ex ea summa præter trecentos denarios: quod amplius verbis expressum erit, re ipsa nec promissum, nec stipulatione comprehensum videbitur, quia eatenus deest consensus. Id autem superiore pacto aperte actum est, et pactum secutum est ex continenti. Ne quis autem hanc sententiam Pauli et aliorum quorundam esse putet, sed non etiam cognitam aut probatam Ulpiano, quem hic constitui adversarium multi non temere conficiunt, et ob hanc caussam hæc sententia minus ponderis apud eum forte habeat; licet animadvertere nihil hic aliud sensisse et tradidisse Paulum, quam quod Ulpianum ipsum tradidisse legimus in *L.* 1. §. *si cui simpliciter, infr. de ver. obl.* Quod enim ille scribit, cum detrahitur aliquid obligationi præcedenti, non esse vitiatam obligationem, *si diversitas responsionis ilico placuerit*: tunc enim aliam stipulationem contractam esse videri; non aliam sententiam habet, quam secundum id ipsum quod ita illico placuit, stipulationem renovatam et novam contractam utiliter videri: ut quod detractum est, vere pro detracto habeatur. Sed si hoc consensus sequens facit: cur placet id pactum, quod isto modo stipulationi inesse volumus, in continenti fieri, et quod Ulpianus dicit, responsionis diversitatem ilico placere debere: ut sic ad formam ejus conventionis videatur stipulatio esse contracta? quia in stipulatione contrahenda inter interrogationem et responsionem continuum actum esse oportet, aut certe modicum intervallum stipulationi non contrarium. *L.* 1. §. 1. *L. continuus, in pr. inf. de ver. obl.* De sententia Ulpiani plura scripsi ad eum locum. Sane inter sententiam superiorem Ulpiani, et eam quæ est Pauli hoc loco, videri potest hoc interesse: quod Ulpianus loquitur de stipulatione nondum perfecta, ubi videlicet quid detrahitur in ipsa responsione, ac non responsione jam ante constituta, ut indicant illa verba: *nisi responsionis diversitas ilico placuerit*: Paulus autem de ea specie agit, cum jam interposita interrogatione et responsione de tota sorte, subjicitur conventio stipulationem innovans: cui videri potest non debere tantum tribui ad stipulationem jam perfectam renovandam. Sed nullum hoc, aut certe contemnendum discrimen est. Cum enim statim mutatur responsio utriusque consensu, perinde haberi debet, ac si ea non intervenisset, auctore etiam ipso Ulpiano: nam et hic interrogatio quæ vere intervenit, nec intervenisse videtur, ubi ea pacto ex continenti secuto displicuit, et placuit promissoris responsio. Effectum est igitur superiore ratione Pauli, nec minus, ut existimo, ratione certa juris et communi, per conventionem quæ hic secuta est ex continenti, stipulationem sortis quæ præcesserat, ita renovatam esse, ut jam non amplius quam treceni denarii menstrui ea stipulatione videantur esse promissi. Quo posito, fit quod illum velle jam diximus, et de quo nunc agitur: sic et stipulationem usurarum accipiendam esse: quasi ejus tantum summæ usuras etiam secundum verba stipulator adjecisset, si ea summa suo tempore soluta non esset: et ut loquitur Paulus, PERINDE ESSE, AC SI PER SINGULOS MENSES CERTAM PECUNIAM STIPULATUS, QUO AD TARDIUS SO-

LUTA ESSET, USURAS ADIECISSET) Certam summam accipe eam de qua ipso per singulos menses præstanda in proposito convenit. *Usuras adjecisset.* ejus summæ ita in stipulatum deductæ. *Quod ad tardius soluta esset.* Sic in Pandectis Florentinis. Melius, judicio meo, et significantius, si legatur, ut in principio cautionis, *quo tardius soluta esset:* ut sit sensus: perinde esse, ac si creditor stipulationem adjecisset, qua hujus ipsius summæ usuras stipularetur pro eo tempore adjecto, quo ea summa tardius soluta esset: idest, quo secundum conventionem non esset soluta. Hae autem stipulatione usurarum ita constituta, quarum pensionum usuræ debeantur, et quando, et quoties subjicit in illis verbis, *igitur finito;* quorum sententiam prius jam ab initio interpretationis hujus loci exposui. Hactenus ergo de hoc dicto Pauli, pacta in continenti facta stipulationi inesse, ut erat propositum, duo ostendimus ad Pauli probationem intelligendam et confirmandam cognitu necessaria. Unum: ejus dicti in proposita conventione hanc vim esse, ut quasi ea conventio insit et contineatur verbis stipulationis sortis. Ita stipulatio sortis ex eo pacto sic accipi debeat: quasi quod convenit de solis trecentis menstruis refundendis, hoc ipsum videatur et stipulatione comprehensum esse, deque his solis stipulatio esse contracta: quo sensu declaratur eam sententiam ad id de quo quæritur, appositissime adhiberi. Alterum; non minus et hoc per se verum esse, conventionem quæ hic proponitur, ita stipulationi inesse, ut volumus: idest, ita inesse, ut quod amplius continetur stipulationis verbis, quam pacto cautum est, id nec stipulatione cautum videatur: quod intelligi ad id de quo nunc agitur, est satis. Restabat tertium ex tribus propositis, quæ circa hoc dictum quærenda esse diximus, utrum generaliter et in universum recte dicatur, pacta quævis in continenti facta inesse stipulationi. Sed hoc a proposita quæstione et instituto Pauli paulo est alienius. Ut enim dederimus non recte in universum dici: tamen de superiore confirmatione nihil mutat: cum etsi alibi falsum esset; tamen in hoc genere pacti, de quo agitur, vere dicatur, ut ostendimus. Quia tamen ad generalitatem definitionis intelligendam pertinet, ita visum est de eo dicere, ut quæstionem in extremum locum hujus interpretationis relicerèmus, ne cœpta Pauli disputatio interrumpatur.

PACTUM AUTEM QUOD SUBJECTUM EST) Cum de cautione supra scripta in auditorio Papiniani præfecti prætorio, ejusdemque in hac cognitione judicis agitaretur, ” re ut fit in quæstionibus dubiis, in consilium vocata, ibi Paulus rogatus sententiam, ut Assessorum officium erat, sententiam eam dixerat, quam supra posuit (hunc enim cum Ulpiano Papiniani assessorem fuisse Lampridius scribit in Alexandro: sententiam autem in eo judicio tum dictam et disceptatam esse ipse Paulus ostendit, cum refert ibi suam sententiam obtinuisse). Sed alii itidem rogati sententias ex eodem numero, ut mos erat, a Paulo dissenserunt. Etsi autem sententia Pauli obtinuerat, ut eum postea referre diximus: tamen ne non recte ipse tum sensisse, aut temere ea sententia obtinuisse existimetur, sic sententiam suam nunc confirmat, ut dissentientium sententiam proponat, ejusque sententiæ rationes, et eas ordine refutet. Dissentientes plures videri possunt, cum ait: *quidam dicebant.* Sed hunc unum fuisse postea aperte indicat illis verbis; *etsi ut ille dicebat.* Sic enim utrumque in pand. Flo. legitur. Nec quidquam caussæ est, cur hæc tanquam contraria sic emendemus, ut aut utrumque numero plurari, aut utrumque numero singulari legamus: initio enim numerus pro numero positus est, vitandæ offensionis caussa, ut existimo, ne quisquam peculiariter videretur notari. Estque in eo ἐναλλαγή numeri auctoribus usitata. Si quid autem id ad rem pertinet, probabile est hunc fuisse Ulpianum: non solum quia hic una et Papiniani assessor fuit, ut dixi; sed etiam quia digna Ulpiani persona visa est, adversus cujus sententiam paolo accuratiore responsione Pauli sententia confirmaretur. Plures tamen hic fuerint, an unus, et utrum hic Ulpianus fuerit, an alius: cum ad quæstionem nihil pertineat, laborandum non puto; magisque sup riora a me posita sunt, quo narrationi a Paulo hic insertæ fides et ratio constaret, quam quod putarem ea quidquam ad rem facere. + Qui 17 cunque ergo aut quicunque in hac quæstione a Paulo dissenserint, eorum sententia contraria hæc fuit, quam exponit in illis verbis, *et ideo, non soluta,* inquit, *pecunia:* quam modo commemoraverat, idest, totius sortis; et non soluta *statutis pensionibus,* idest, his temporibus, quæ ad singulas pensiones solvendas statuta erant, idest, sorte singulis mensibus non soluta; tum *usuras deberi;* intellige, ejus sortis: *ex die stipulationis,* idest, ex die stipulatione comprehensa (is enim dies proprie stipulationis dicendus est, quem stipulatio continet, et hac ratione sibi proprium habet, non dies interpositæ stipulationis) atque ita usuras deberi, *atque*

si nominatim conventione id esset expressum. Itaque breviter hæc eorum sententia fuit; singulis quidem mensibus nihil nisi trecentos denarios ex sorte peti posse propter conventionem: sed tamen si singulis mensibus sors tota ultro soluta non sit, non trecentorum solum denariorum qui soluti non fuerint, usuras deberi, sed totius sortis. Ratio; quia usurarum stipulatio ab initio ita concepta est, ut sorte non soluta totius sortis promitterentur usuræ; neque ab ea stipulatione postea conventione recessum est. Hoc recte, et vere, si modo ab ea stipulatione recessum non sit posteriore conventione. Quæstio ergo ut dixi, an recessum sit. Itaque ut Paulus prius probaverat ab ea fuisse recessum: sic isti contra probabant ab ea recessum non esse; quorum argumenta hic Paulus recitat; atque hæ duo sunt. Primum, quod pactum quod subjectum est, ad usurarum stipulationem non pertineat, idest, quod de usurarum stipulatione mutanda eo pacto nihil convenerit. Deinde quod id pactum ne stipulationem quidem sortis immutarit; propterea quod prosit tantum pactum ad exceptionem. Prius verbis pacti defenditur; pactum enim de sorte solum dividenda interposita est, nulla mentione facta usurarum. Hinc effici volebant, eum qui necessitatem totius sortis semel præstandæ remisit, de necessitate usurarum totius sortis nihil remisisse; nec omnino abs re. Nam ipso etiam auctore Paulo, pactum in una re factum in alia re nocere non debet. *L. si unus, §. pacta, ver. ante omnia, supr. de pact.* Posterius argumentum hanc vim habet. Dicat enim aliquis id pactum ideo satis ad stipulationem usurarum mutandam pertinere, quia stipulatio sortis eo pacto mutata sit. Occurrebant huic defensioni adversarii posteriore hoc argumento. Ostendebant enim hoc pactum ne stipulationem quidem sortis immutasse; argumento esse, quod conventio tantum ad exceptionem prodesset, ut regula juris effici videtur. *L. juris gentium, §. sed cum nulla, §. quinimo, supr. de pact. L. legem. C. de pact.* Exceptio probat actionem ex stipulatione de tota sorte ipso jure semper mansisse; cum non sit exceptio, nisi adversus actionem jure civili constitutam. *§. 1. et seqq. Inst. de excep.* Quod si enim stipulationem sortis pacto renovatam concederemus, ne tum quidem ab usurarum stipulatione recessum esset; multo magis idem probandum erit, si, ut nunc, probetur stipupulationem sortis pacto sublatam non fuisse. Ad hæc Paulus ita respondet, ut in posteriore diluendo aperte solum occupetur, ratus quod res est, hoc everso, prius sua sponte concidere, ut postea patebit.

SED CUM SORTIS PETITIO.) Sensus est: Si in proposito stipulatio sortis ipso jure mutata esset ita, ut secundum conventionem non amplius quam trecenti denarii menstrui promissi viderentur: non negant adversarii eam conditionem stipulationis futuram fuisse, ut nec amplius ex ea, quam trecentorum istorum non solutorum deberentur usuræ. Nunc ideo volunt stipulationem usurarum manere, quia sortis stipulatio ipso jure non sit sublata. Interim concedunt, quod et negari non potest, eo pacto quod secutum est, petitionem sortis esse dilatam. Atqui hoc eodem redit: hoc enim concesso, *consequens est*, inquit, *ut usuræ ex eo tempore, quo debitor moram fecit, accedant*; ex eo, inquam, solo, non ex alio: proinde ut tandiu totius sortis usuræ non debeantur, quandiu singulæ pensiones menstruæ ex conventione solvi possunt. Dilata enim per id tempus petitione sortis, non fit mora in tota sorte solvenda prius, quam id tempus præterierit, ideoque et interim totius sortis usuræ cessant. Sed cur dilata petitione sortis hoc est consequens? apparet hanc rationem a Paulo reddi, quia interim debitor in sorte solvenda moram non faciat *ex eo solum tempore*, inquit, *quo moram fecit, usuræ accedunt.* De qua ratione paulo post. Reliquam ejus defensionem pertexamus. Et nihil ad rem pertinere ostendit, quod dicunt adversarii dilatam quidem esse sortis petitionem, sed dilatam esse per exceptionem; non ipso jure, quia pactum ad exceptionem tantum prosit. Etsi hoc ita esset, inquit (quod tamen secus est, et diversa sententia in judicio obtinuit) tamen non modo hoc eos nihil adiuvat: sed etiam hoc admisso consequens est non tantum usuras totius sortis interim peti utiliter non posse, quod jam diximus; sed hoc amplius, interim obligationem earum usurarum non committi: non dico effectu propter exceptionem, sed ipso jure: idest, eas usuras ipso jure non deberi. Sic enim dicitur committi stipulatio conditionalis, cum conditione ejus exsistente, ex ea jure debetur quod cautum est. *§. sub conditione, Inst. de verb. obl.* Idque fieri vult Paulus eadem illa ratione, quam prius reddidit: quia quocunque modo petitio sortis dilata sit, non sit in mora debitor, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.

In hac responsione duo in disquisitionem vocantur. Unum, quam recte ex superiore ratione colligat usuras totius sortis non deberi. Alterum, quam recte dicatur stipulatio usurarum ipso jure non committi: cum sortis stipulationem ipso jure non mutari con-

cedat. Nam quod ad prius attinet, an non vitiose colligi videtur, ideo totius sortis usuras in proposito non deberi, quia debitor in tota sorte solvenda moram non faciat? Hoc
18 enim non aliter consequens est, † quam si posuerimus usuras sortis in proposito non deberi ab eo, qui in sorte moram non fecerit. Quid ergo, an usuræ sortis nisi ex mora deberi non possunt? Hoc vero si Paulus diceret, non tantum aperte falsum diceret, sed etiam a se ipso turpiter refelleretur, qui statim post contrarium scribat in extremo hujus responsi. Finge datam esse pecuniam mutuam solvendam post triennium, et interim usuras pecuniæ esse promissas: quis dubitet recte promissas, et promissas deberi? Si interim præstantur, recte ut usuras præstari convenit, nec repeti possunt. *L. qui Romæ, in pr. infr. de verb. obl. L. qui in futurum, in pr. supr. de pact.* Quare et stipulatione recte promittuntur. *L. 4. C. de cond. ind.* Et tamen per tempus statutum sortem peti non posse constat, eoque et promissorem interim moram non facere: quia *non sit, in mora is, a quo propter exceptionem peti non potest*, ut hic scriptum est. Cur ergo, inquam hic negat Paulus usuras sortis ideo deberi, quia debitor moram non faciat? Non utique quia in universum sine mora usuræ deberi non possint; sed quia in proposito non possint, ut erat concepta stipulatio usurarum. Hæc enim erat conditio stipulationis: *si sors sua die data soluta non esset.* Quod valet, si in ea solvenda mora facta esset: fit enim mora, cum sua die pecunia non solvitur. *L. hominem, in fi. infr. mand.* Sic ergo explicatius recte colligas: ex stipulatione usurarum proposita debentur hæ conditione usuræ sortis si debitor in sorte solvenda moram fecerit. Conventione autem quæ postea secuta est, fit ut debitor per eos menses quibus statutæ pensiones refundi ex pacto debuerunt, in sorte solvenda moram non faciat: etsi maxime quis dixerit hac conventione a stipulatione recessum esse solum per exceptionem, ut adversarii volunt. Proinde sorte per eos menses non soluta, sortis usuræ ex stipulationa non debentur, etiam ex adversariorum concessione; sed tantum statutarum pensionum, quæ solutæ non fuerint.

19 Venio ad illud † alterum, quo Paulus ait, etiam si dederimus pacto, quod secutum est, petitionem sortis tantum per exceptionem differri: tamen hinc effici, ut obligatio usurarum totius sortis etiam ipso jure non committatur. Per exceptionem si diceret differri petitionem usurarum totius sortis, ut et differri dicit totius sortis petitionem: res minus haberet dubitationis. Nunc autem vult per exceptionem solum sortem peti non posse, usuras autem totius sortis non posse ipso jure. Quod contra naturam stipulationis usurarum constitui videtur: ex maxime ejus, qua usura ut pœna promittitur, ut hic factum est. Nam hujus generis stipulatio accessio est quodammodo stipulationis sortis: certe hac sublata, illa tollitur. *L. eos, in pr. C. de usur. L. 2. supr. si quis caut.* Sic autem stipulationis accessoriæ natura est, ut sequatur conditionem principalis ejus, cui accidit. *L. si eum, §. qui injuriarum, supr. si quis caut.* Consentaneum erat, igitur, ut dilata sortis petitione per exceptionem, diceremus quidem differri petitionem usurarum; sed differri eodem modo, nimirum per exceptionem, non ipso jure, contra quam Paulus statuit. Quid si etiam absurdum est ita constitui? Plane enim absurdum videri potest diei conventionem, quæ de usuris nominatim facta non est, plus efficere in stipulatione usurarum, quam in stipulatione sortis, de qua nominatim est interposita. Et omnino ita judicari oporteret, si in utraque stipulatione eadem caussa differet petitionem: quod secus est. In stipulatione sortis petitionem sortis differt conventio secuta, non stipulationis conditio; nam stipulatio non fuit conditionalis. Potest autem petitio pacto differri solum per exceptionem, ut nunc fieri adversariis concedi volumus. At petitionem usurarum in proposito differt propria non conventio de sorte interposita, sed conditio stipulationi usurarum inserta. Hæc si non exsistit, jure ipso hoc evenit, ut stipulatio non committatur. *d. §. sub conditione, Inst. de verb. oblig.* Simul autem atque pacto dilata sortis petitio est, fit, ut conditio usurarum exsistere non possit; quippe dilata petitione sortis, promissor in ea moram non facit. Mora porro non facta, conditio stipulationis usurarum non exsistit: si quidem hæc fuit conditio, si promissor sua die sortem non solveret: idest, si in ea suo tempore solvenda moram faceret ut ostendi. Ita in hac specie conventio quidem caussam attulit, cur conditio usurarum totius sortis non exsisteret; non tamen conventio est in caussa, cur usoræ ipso jure non debeantur, sed defectus conditionis, sub qua illæ debebantur. Illa legitimæ hujus dilationis caussa est, sed remota; hæc proxima, eoque propria, quod conditio usurarum deficit. Oratio concisior Pauli, qualis ejus esse consuevit, hoc loco obscuritatem peperit. Cur enim diceret stipulationem usurarum totius sortis etiam ipso jure non committi, quamvis quis concederet pactum ad exceptionem

tantum prodesse, solum hanc rationem reddidit; *quia in mora non est is a quo pecuniam propter exceptionem peti non potest.* In quo notas partes argumentationis reliquas prætermisit, tanquam quæ ab attento facile intelligi possent. At hæ non statim percipiuntur ab omnibus: quæ res locum obscuriorem fecit. Res esset planissima, si plena argumentatione ita scripsisset; Quoties sub conditione quid promissum est, conditione non exsistente, stipulatio ipso jure committi non potest. In proposito usuræ totius sortis promissæ sunt sub conditione, quæ conditio non exstitit. Igitur usuræ totius sortis ex ea stipulatione deberi non possunt. Deinde conditionem hic non exstitisse probasset hoc modo: ut diceret conditionem stipulationis usurarum fuisse hanc, si mora in sorte solvenda facta esset: moram autem in eo non esse factam, effici ipsa adversariorum confessione: quia in mora non sit is, a quo pecunia vel propter exceptionem peti non potuit. Sed Paulus brevitati studens solum hoc postremum posuit: de reliquis partibus argumentationis vel exprimendis, vel probandis non laboravit: quia non putavit necesse, ut quas partim ex conceptione ipsa stipulationis, partim jure certo non solum pro notis, sed etiam apud adversarios confessis habuerit. Jam primum si usurarum stipulatio spectatur, dubitari non potest, quin sit sub conditione. Ne illud quidem, quin vi ipsa hæc conditio sit, si promissor in sorte solvenda moram non fecerit: cum hæc verba, *si sors sua die soluta non sit,* hanc significationem habeant, ut ostendi. Itaque hæc ponere, quæ ex stipulatione manifesta essent, supervacuum putavit. Sed et illud pro confesso sumpsit, quoties sub conditione stipulatio facta est, conditione non exsistente, stipulationem non committi: est enim juris explorati: *d. §. sub conditione, Inst. de ver. obl.* ut ne id quidem aut ponere, aut positum probare opus fuerit. Solum ergo ei restabat, ut probaret in proposito non exstitisse stipulationis usurarum conditionem, idest, moram in sorte factam non esse. Hujus rei probationem cum illi ipsa adversariorum confessio suppeditaret: idcirco hoc arripuit ad certiorem confutationem, ut sua ipsorum concessione illos convinceret: idque est, quod solum posuit. Concedunt enim illi pactum quod hic secutum est, ad exceptionem prodesse: idest, efficere, ut exceptione debitori hujus parta, sors ab eo utiliter peti non possit.
20 Satis hoc est, ut probetur eum in sorte solvenda moram non facere: id quod quærimus. *Non enim,* inquit, *in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.* Quæ et ipsa sententia certi juris est. Nam si tota sors a debitore peti ipso jure non posset, citra controversiam is moram non faceret. *L. si pupillus, infr. de ver. obl. L. nulla, infr. de reg. jur.* Ergo nec tunc faciet, cum ab eo peti non poterit propter exceptionem quam habeat. Nihil enim interest juxta regulam juris, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest, infr. de reg. jur.* Statuitur eadem sententia ab Ulpiano in *L. sciendum, infr. de usur.* Summa est: usuras hic deberi sub conditione, si mora in sorte solvenda a promissore facta sit: pacto de tota sorte non solvenda postea interposito fieri, ne in ea solvenda promissor moram faciat: idcirco nec usuras totius sortis deberi, et quidem ita non deberi, ut nec ipso jure committatur stipulatio. Quo intellecto, etiam me tacente intelligitur nihil huic sententiæ adversari, quod dicitur, pacto convento ipso jure stipulationem non tolli, sed solum infirmari per exceptionem. *L. si unus, §. pactus, supr. de pact.* Non enim magis confirmare possumus usurarum stipulationem pacto non tolli, quam hoc ipso, quod dicimus pacto fieri, ne contrahatur: quoniam quæ contracta non est, idest, quæ nulla est, ea per rerum naturam tolli non potest. *L. 5. infr. de in. rep.* Hoc autem responso cum in priore parte, tum in posteriore satis aperte respondet Paulus de eo, quod adversarii dicebant: pactum, quod subjectum est, ad solutionem usurarum non pertinere: falsum nimirum id esse. Verbis namque non pertinet; at vi et potestate ita pertinet, ut sortis hoc pacto sublata petitione, licet per exceptionem, usurarum sortis petitio inhibeatur etiam ipso jure: ac quam necesse sit id fieri satis supra demonstratum est. Neque cum hoc dicit, metuendum est, ne obstet illud, quod ab eo traditum adversus ipsum referri potest: pactum in una re factum in alia re non nocere. *L. si unus. §. pacta, vers. ante omnia, supr. de pact.* Nam primum vere dicetur, quod supra jam in *vers. dicebam,* respondi, de alia re principali hoc dictum esse; non de accessionibus rei principalis ejus, de qua pacto cautum est: quia principali causa sublata non sit accessionibus locus. *L. cum principalis, infr. de reg. jur.* Qualem esse stipulationem usurarum traditur in *L. eos. in pr. C. de usur.* idque sine dubitatione recte respondetur, ubi defenditur principalem stipulationem sortis ipso jure pacto mutatam esse, ut initio hu-

jus responsi Paulum facere diximus. Sed ut quis concedat eo pacto quod secutum est, petitionem sortis non esse dilatam ipso jure, sed tantum per exceptionem, ut nunc Paulus largitur adversariis: est tamen etiam alia, nec minus expedita ratio, cur existimetur adversus superius illud dictum nihil hic fieri: quia nec pactum quod de sorte interpositum est, per se et ut pactum in usuris noceat. Quod enim hæ peti non possunt, proprie non fit pacto; sed quia post id pactum conditio stipulationis usurarum non exstitit: ut sic defectus conditionis noceat, non conventio, ut paulo ante pluribus disseruimus. Quod nisi ita esset, petitio usurarum hoc pacto non mutaretur ipso jure; sed solum per exceptionem, ut in petitione sortis fieri concedit Paulus. Neque enim idem pactum in utraque stipulatione aliud atque
21 aliud efficeret. † Atque hæc de sententia Pauli, ejusque confirmatione in proposita quæstione dicta sunt. Ex quibus perspici potest, quam sit sententia non dicam ingeniosa, quod quidem seipsum ostendit, ut quæ ipsis etiam adversariis ex sua concessione extorqueat confessionem; sed quod magis ad rem pertinet, vera et plena æquitatis. Scio et superiore memoria et nostra exstitisse viros doctos, quibus hoc responsum non usque adeo probaretur, videreturque subtilius quam verius. Sed nisi me fallunt ea, quæ scripsi, spes est his lectis et diligentius expensis impetrare posse Paulum ab his qui contra sentiunt, ut de sententia sua aliquid remittant. Mea quidem sic ratio est (dico tantum quod sentio, quod sine cujusquam etiam leviore offensione dictum velim) non modo sententiam superiorem Pauli subtilitatis et versutiæ nomine non damnandam aut ejiciendam mihi videri; sed etiam talem esse, quæ si in libris nostris nusquam scripta exstaret, tamen ultro accersenda et amplectanda a nobis fuerit, cum propter ingenii acumen, tum propter manifestam æquitatem. Fateor multum decedere creditori hac conventione de summa usurarum sortis: multum enim interest inter ter mille septingentorum quinquaginta denariorum, et inter trecentorum tantum denariorum usuras. Addo etiam, si quis ita vult, magnam in hac decessione jacturam creditorem facere. Sed quid refert, si usuras creditor voluntate sua remisit? Licet unicuique sui juris persecutionem, aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere. *L. pactum. supr. de pact.* Et cur creditori non liceret partem remittere usurarum sortis, cui ab initio totam sortem sine fœnore mutuam dare licuit? Nam quod dicitur iniquum esse, damnosum esse cuiquam officium suum: *L. si servus, §. quod vero. infr. de fur.* de invito dictum est. Si quis autem voluit sibi damnosum esse, ei posse esse damnosum certissimo argumento est, quod qui partem usurarum remisit, etiam totam sortem donare potuit. In quo nulla est fraudatio: non enim fraudantur, qui sciunt et consentiunt. *L. nemo videtur, infr. de reg. jur.* Solum hoc videndum est in proposito, an creditor usurarum sortis petitionem remiserit. Sed qui totius sortis petitionem pacto remisit, parum honeste caus abitur in hac specie se de usuris sortis non cogitasse. Nam cum hic usurarum conditio ex sortis quantitate, et creditoris mora pendeat, ut ostendimus: consequens est sortis petitione, aut creditoris mora pacto sublata, eadem pacto itidem usurarum petitionem remissam videri. Ut si quis pacisceretur, ne a debitore peteret, idem et de pignoribus reliquisque accessionibus liberandis cavisse intelligeretur, easque liberaret. *L. solvitur, infr. quib. mo. pig. vel hyp. sol. L. exceptiones quæ, infr. de excep.* Quod verborum vi, et necessaria consequentia continetur, id satis verbis ipsis contineri intelligitur. Nec ferendus est quisquam, qui generaliter quid pactus, caussatur postea se de aliqua re ad eam generalitatem pertinente non sensisse. *L. non est, supr. de trans. L. quidquid, infr. de ver. obl.* Si voluisset creditor, sortis præstationem remittendo, nihilominus usurarum totius sortis obligationem manere: erat in ejus potestate et de eo nominatim sibi cavere. Quod si fecisset, rata esset conventio, ut mox sequitur in extremo. Quia non fecit, verbis eum et naturæ rerum debitarum stare oportet.

SED SI QUANTITATEM) † Quoniam 22
prius dixerat, usuras in specie proposita ex mora tantum accedere, et id, si generaliter dicatur, falsum est: ideo Paulus hic docet, quod dixerat, quomodo accipi velit. Ait igitur tunc solum id verum esse, cum usuræ ex mora promissæ sunt simpliciter, ut hic factum est. Cæterum conventionem servandam esse, si nominatim stipulatione comprehensum erit, ut mora facta, non tantum ex mora usuræ præstarentur; sed etiam ea quantitas quæ medio tempore colligitur, ut ipse loquitur: idest, eæ usuræ, quæ colliguntur eo tempore, quod inter stipulationem interpositam et moram intercedit. In summa hoc sentit, stipulatione effici posse, ut mora facta, præstentur usuræ non tantum ex eo tempore, quo mora facta est; sed etiam retroversus ex die interpositæ stipulationis. Id probat exem-

plo fructuum Nam si stipuler a te fundum Tusculanum Calendis mihi dari; et nisi de deris, tunc eo amplius stipuler fructos mihi dari, qui ex die stipulationis interpositæ nati erunt: valet stipulatio, et quandoque mora facta, etiam præteriti temporis fructus peti possunt. arg. In *L. hujusmodi, infr. de ver. obl.* Quocirca et in usuris idem admittendum est: nam usuræ vicem fructuum obtinent. *L. usuræ. infr. de usur.*

QUAM SENTENTIAM IN UNIVERSUM HABEAT ILLUD PAULI. PACTA IN CONTINENTI FACTA STIPULATIONI INES-
23 SE) † Superest, quod in hunc locum rejecimus, ut paulo pluribus explicemus dictum illud Pauli, pacta in continenti facta stipulationi inesse: quæramusque, an uti generaliter scriptum est, ita in universum verum sit. et quid sit hoc *inesse*. Quæstio hinc maxime nascitur, quod alibi pro regula traditum legimus, pacta conventa in continenti facta ex parte actoris seu ad actionem pariendam inesse: sed hoc addito, *in bonæ fidei judiciis*. L. jurisgentium. §. *quinimo, supr. de pact.* et quod idem valet, pacta in continenti facta in bonæ fidei judiciis parere actiones. *L. in bonæ, C. de pact.* Hæc adjectio, *in bonæ fidei judiciis*, hanc vim habet, ut declaretur in strictis judiciis non idem juris esse. Idque ex similibus orationibus intelligi potest. Cum enim dicitur in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi; *L. mora, §. in bonæ, infr. de usur.* hoc significatur deberi in bonæ fidei, non in stricti juris judiciis; nam in his non debentur nisi per stipulationem. *L. 3. C. de usur.* Item eum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis: *L. 3. infr. de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis judiciis: quoniam in stricta judicia non veniunt exceptiones nisi nominatim contestatæ. *L. præscriptionem. l. si quidem, C. de exc.* Et certe supervacuum et ineptum est de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter insunt omnibus contractibus, quibus subjiciuntur. Atqui hoc si ita est, ut superiore definitione judicia stricta excludantur: contrarium erit, quod hic generaliter traditur, pacta in continenti facta inesse stipulationi: si quidem uti scriptum est, ita et generaliter accipitur. Nam stipulationem stricti judicii esse constat. *L. in actionibus, in fin. et L. alias. seq. infr. de in lit. jur.* Quæ inter se conciliandi una ex his duabus ratio est, vel ut fatentes superiore definitione judicia stricta excludi, ad eam sententiam revocemus dictum Pauli hoc loco, negemusque generaliter esse accipiendum, certe non de his pactis, quæ composita sunt ad aliquid aliud petendum: vel contra dictum Pauli generaliter, uti verba sunt, accipientes, sic interpretemur, quod dicitur pacta in continenti facta inesse in bonæ fidei judiciis ad actionem; ut dicamus bonæ fidei contractuum mentionem fieri, quia in his maxime ea pacta insint: non ideo, ut judicia stricta removeantur. Ita ex omnibus his inter se conjunctis locis effici hanc definitionem: pacta in continenti facta pariter inesse contractibus omnibus, quibus accedunt. Et habet utraque pars suos defensores. Utrum ergo faciendum sit, quæritur. Id ita intelligetur, si de dicto Pauli in universum, ut proposui, dixerimus: videamusque utrum pacta omnia Paulus intelligat, an non omnia: tum quæ natura inesse possint, aut non possint, et quid sit, inesse. Ego sic statuo, duo genera esse pactorum; quorum unum inesse possit stipulationi, et insit re vera, si pacta in continenti facta sint. alterum quandocunque interpositum sit, non possit stipulationi inesse, ac de hoc Paulum non sentire. Id autem cum sit genus illud, quod illa altera definitione veterum excludatur; hinc fieri, ut simul illius veram sententiam recte retineas; neque tamen dictum Pauli cum illa definitione pugnare intelligatur. † Quæcunque pacta fiunt de eadem re quæ stipulatione comprehensa est, sive hæc detrahant aliquid de summa præcedente, sive detrahant stipulationi diem aut conditionem, sive hæc diu stipulationi adjiciant: omnia sunt hujusmodi, ut si in continenti, idest, statim et sine intervallo stipulationi subjiciantur, recte dicantur stipulationi inesse. Quæ de summa promissa quid detrahunt, ea inesse ostendit exemplum, quod hic proponitur; quod de sorte prumissa tantum detrahit, ut pro ter mille septingentis quinquaginta denariis solum refundi debeant denarii treceni: æque hoc stipulationi sortis inesse Paulus ait. Inesse et illa, quæ diem adjiciunt aut conditionem, idem exemplum declarat. In quo cum prius ex stipulatione sors pure deberetur: summa deinde pacto divisa est, et singulis pensionibus singuli menses constituti: quam et dilationem Paulus ait stipulationi inesse. Quibus autem pactis detrahitur stipulationi dies aut conditio: hæc ut insint eadem ratio efficit, quæ facit, ut insint ea quibus de summa ipsa aliquid detrahitur: de quo mox. Inesse stipulationi, ut verbum ostendit, et supra diximus, est stipulatione contineri, stipulationis partem esse, perinde pacta haberi, quasi hæc ipsa 24

in stipulationem jam a principio venissent. Atque hoc si factum esset, quæ stipulationis forma futura esset, videamus. Nempe consequens esset ut renovata priore stipulatione perinde esset, ac si secundum formam eorum stipulatio esset contracta, ut tantum contineretur stipulatione, quantum efficit conventio, nec amplius. Id ipsum ergo nunc dici intelligamus. Quapropter si breviter dicendum est, cum superiora pacta hoc loco stipulationi inesse dicimus, hoc significatur: his pactis ita renovatam esse ipso jure stipulationem ad quam pertinent, ut quod pacto detrahitur ei stipulationi, perinde sit, quasi nec venisset in stipulationem, sive summa detrahatur, sive dies aut conditio. Quod autem eadem re promissa manente adjicitur ut cum adjicitur dies aut conditio: hoc ipsum jam a principio stipulationi inesse intelligatur; ut jam his pactis, si pro reo sint, non defendatur reus per exceptionem, sed ipsamet stipulatione, atque ita ipso jure; si pro actore, ut cum dies detrahitur: ipso jure dilationem et hujus exceptionem reo adimant. Cur id placeat, prima fronte mirum atque adeo naturæ repugnans videri potest; cum si quid stipulationis verbis comprehensum est, fieri non possit, quin sit comprehensum: facta enim infecta fieri non possunt. *L. in bello, §. factæ, infr. de capt.* et contra, quæ stipulationis verbis comprehensa non sunt, natura stipulationis prohibeat, quominus videantur in stipulationem venisse. Sed tamen hujus juris non ita obscura ratio est, si quis attendit. Intelligi enim debet, omnia hæc pacta de quibus dixi, esse hujusmodi, ut his aliquid detrahatur de comprensione stipulationis. Nam et tunc cum dies aut conditio adjicitur, verbis adjicitur aliquid; re autem vera est maxime quod detrahatur. Detrahibitur enim stipulatori totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit, quo nulla dilatione data aut conditione adjecta statim pecunia peti poterat. Hoc intellecto recte dicemus, omnia stipulationi ipso jure detrahere, seu efficere, ut quod his in continenti factis stipulationi detrahitur, jure videatur nec deductum esse in stipulationem: idque non modo non contra, sed maxime secundum naturam. Nam ut supra attigimus, non est stipulatio id solum quod verbis continetur, sed quod constat etiam stipulantis et promittentis consensu. *d. L. continuus, §. 1. infr. de verb. oblig.* Etsi igitur verum est fieri non posse, quin verbis stipulationis comprehensa sint, quæ constat esse comprehensa: non continuo tamen stipulatione comprehensa dixeris, quæ verbis continentur, si in his deest consensus: quoniam etiam consensu constat stipulatio. Porro cum pacto in continenti facto quid detrahitur, desinit sine intervallo in eo esse consensus. Quo fit, ut eo usque stipulatio ipso jure valere non possit, consensu detracto, quamvis verbis manentibus. Si hæc in summæ parte detracta recte dicuntur: non minus dicuntur recte, cum dies aut conditio detrahitur: cum non possint hæc valere nisi ex consensu. Ideo et pacta quæ de his detrahendis in continenti facta sunt, recte stipulationi inesse diximus. Certe hæc pacta, si statim stipulatori placeant, stipulationem aliam efficere dicuntur in *L. 1. §. si cui simpliciter, infr. de ver. ob.* Hoc autem idem valet, ut docuimus. Insunt ergo hujusmodi pacta in continenti facta stipulationi, ut Pauli definitio hoc loco concepta est. ✝ Quid bonæ fidei 25
contractibus an non eodem modo inerunt ad contractum renovandum, etsi non in negotio gerendo, sed contractu jam perfecto, statim tamen et in continenti subjiciantur? Multo vero citius his inerunt, quam stipulationi; ut, si agatur de emptione, sive de summa pretii quid detrahatur, sive detrahatur dies, aut conditio, sive horum alterum adjiciatur, idque fiat in continenti, idest statim post, quam emptio contracta est; perinde sit, atque si emptio ab initio ita contracta esset. Nam si quibus in contractibus pacta servanda sunt, hæc servanda sunt, et præcipue valent in bonæ fidei contractibus: cum nihil magis bonæ fidei congruat, quam fidem et pacta servari. *L. empto, infr. de act. em. L. 1. supr. de pact.* Qui fit igitur, ut hic solum dicantur inesse stipulationi? Duabus de causis: Primum quia hic de stipulatione solum agebatur, et satis erat sententiam ponere proposito convenientem. Deinde de hujusmodi pactis agens Paulus et sentiens, quale est id, de quo agitur, non potuit eadem definitione uti in bonæ fidei contractibus, ut diceret pacta superiora in continenti facta bonæ fidei contractibus inesse. Insunt enim illa quidem et his contractibus; sed non si in continenti facta sint solum verum etiam etsi ex intervallo: ut puta, si quæ venditionem contractam pacta secuta sint, quæ venditioni quid detrahant, etsi sequantur ex intervallo, et quidem multo post: tamen venditioni inesse videntur; certum est enim saltem ea parere exceptionem, *L. in bonæ. C. de pact. L. 7. §. sed cum nulla, supr. de pact.* exceptiones autem pacti insunt bonæ fidei judiciis. *L. 3. infr. de resc. vend.* ut consequens sit perinde esse, ac si ipsa venditio hæc pacta contineret. Et ideo

Ulpianus in *d. L. 7. §. quinimo, supr. de pact.* cum dicit pacta in continenti facta inesse bonæ fidei judiciis, non simpliciter hoc dicit, sed ait inesse ea ad agendum, seu ex parte actoris; significans se hoc dicere de iis, quæ novæ rei præstationem adjiciunt, ad quam rem petendam actione sit opus, non etiam de iis quæ detrahunt. Et cur non item de his quæ detrahunt? quia, ut dixi, hæc insunt bonæ fidei judiciis, sive ex continenti facta sint, sive ex intervallo: quod non itidem fit, si de stipulatione hæc interponantur Atque hoc de iis pactis, quæ stipulationi detrahunt. ✝ Quod si pacta obligationi adjicient: idest de alia re præstanda facta erunt præter eam quæ stipulatione continetur: hæc vero dicimus ita stipulationi non inesse, ut nec possint. Quud ita me demonstrasse puta ad *L. in bonæ. C. de pact.* ut res hoc loco longiorem probationem non desideret; quia tamen locus postulat, et plerique rem in dubium vocant, paucis agam. Atque exemplo res plana fiet. Stipulatus suom a te fundum Tusculanum; Deinde statim convenit inter nos sine nova stipulatione, ut Stichus accederet. Persplcuum est hoc pactum, seu Stichum pacto comprehensum priori stipulationi non magis inesse, quam rem aliam quamlibet de qua nihil convenerit. Quæ enim res inesse dicitur stipulationi, nisi quæ stipulatione continetur, et pars est stipulationis? Et quomodo stipulatione contineri, aut hujus pars esse videri potest, quod in stipulationem deductum non fuit? præsertim cum ita sit stipulationis conditio, ut si quid ea contineri velimus, id palam verbis exprimi oporteat. *L. quidquid. infr. de verb. obl.* Atqui de Sticho nihil priore stipulatione cautum est, ac ne significatum quidem: nisi quis Stichum fundi verbo contineri existimat. Proinde hic priore stipulatione contineri non potest. Quod si non inest simpliciter hæc conventio stipulationi: palam est eam stipulationi non inesse ad actionem, idest, non ita inesse, ut ex stipulatione actionem pariat, et inde Stichus peti possit. Prius est enim, ut in stipulatione sit aliquid, quam ut peti possit ex stipulatione. Reliqua ad eam confirmationem pertinentia, quæ plura illic a me collecta sunt, hoc loco prætereo consulto, cum illinc peti possint.

Nunc de his locis, qui pro contraria sententia afferri solent, pauca dicam. In quibus tres esse video; *L. petens, C. de pact. L. si ita quis,* 135. *§. Seia. infr. de ver. oblig.* et hunc locum: quorum de duobus reliquis facilior responsio est. Tertius hic ita verbis scriptus est, ut videatur præcidere omnem tergiversationem. Dicam tamen breviter de singulis eodem ordine, quo a me sunt propositi, ut facilius et certius ad hujus, qui proponitur, explicationem perveniatur. ✝ In 27 *L. petens, C. de pact.* scriptum est: si quod pactum post stipulationem statim interpositum sit, ex stipulatione recte agi. Id omnes sic accipiunt; non ut possit agi ex stipulatione de alia re, quæ sorte in eam stipulationem prius deducta erat, cum id fieri posset, etsi nullum omnino deinde pactum secutum esset; *§. de constituta, Inst. de act.* sed ut possit agi de eo ipso, de quo pactum interpositum est. Quod et ego ita recte accipi fateor. Sed observandum erat id dici eo rescripto non de omni pacto quod statim post interpositum sit; sed quod ita sit interpositum, ut et stipulatio ejus placiti servandi caussa secuta sit. Sic enim verba sunt rescripti: *petens ex stipulatione. quæ placiti servandi caussa secuta est.* Ex hujusmodi stipulatione si petatur id, quod placito comprehensum est, recte id et jure fieri nemo negat. Tunc enim adhibetur stipulatio *placiti servandi caussa,* cum de eo ipso de quo præstando convenit, stipulatio fit, qua creditor id ipsum sibi dari fieri stipulatur, hoc modo: et omnia quæ supra aut infra scripta sunt, dare spondes? ut in *L. duo infr. pro soc. L. pluribus, infr. de ver. obl.* Quod cum fit, nemo dubitat quin jure ex stipulatione peti possit quod pacto promissum erit; quia aperte id pactum verbis stipulationis comprehensum est. *L. quidquid, infr. de ver. ob.* Sed de eo nunc non quæritur. Agimus de eo pacto quod ita secutum sit statim stipulationem, ut tamen in stipulatum verbis deductum non sit. Negamus id stipulationi inesse, aut quod eo cautum est, id peti posse ex stipulatione. Quod unde certius, quam ex eodem illo rescripto probari potest? Hæc enim adjectio, *quæ placiti servandi caussa secuta est,* conditionem habet, si stipulatio placiti servandi caussa secuta est. *L. 6. infr. de legat.* 1. Ni sit igitur stipulatio secuta placiti servandi caussa, cond tione ipsa rescripti superiore efficitur, id quod pacto promissum est, ex stipulatione peti non posse, et omnino id pactum ad actionem non prodesse. arg. in *L. 1. ver. hujus rei. supr. de offi. ejus* ✝ Citatur et pro contraria sententia *L. si ita quis* 28 135. *§. Seja, infr. de ver. ob.* ubi proponitur Titius stipulatus esse a Seja hortos a Seja emptos sibi reddi, eorum pretium cum usuris Sejæ restituisset: deinde in continenti inter utrumque convenisse, ut intra Calendas Apriles primas Titius universam summam numeraret, et hortos acciperet.

Quia scilicet dicitur hoc pactum in continenti stipulationem secutam esse, ideo volunt id pactum inesse stipulationi, et quidem ita, ut actionem informet ex stipulatione: nam si pactum ad actionem non valet, frustra proponi in continenti pactum subjectum esse. Sed constat eo loco non sic proponi istam conventionem: ut quæratur, an ex ea agi possit, et an Titius possit hortorum pretium post Calendas Aprilis petere: quod illa etiam ante petere potuit propria actione nempe mandati, qua illi Titius tenebatur; sed an pretii offerendi potestas, quæ præcedente stipulatione infinite Titio data erat, mutata sit eo pacto, et conclusa intra Calendas Apriles ita, ut postea id pretium ad hortos petendos offerre non posset, nisi offerret his conditionibus, quas illic complectitur Scævola Ita id pactum ad actionem prodesse ex eo loco statuere velle, fit aperte præter mentem et sententiam Scævolæ. Ego autem in commentariis ad eum locum hoc amplius planum feci. Id pactum priori stipulationi inesse non posse. Si insit ulla ratione: attamen ad actionem inesse dici absurdum esse: cum res et conditiones contrahentium, stipulatione comprehensæ aperte in conventione ita mutentur, ut aliæ interveniant, et pene contrariæ. Quod usque adeo verum esse docui, ut secundum verba ne ad conditionem quidem præcedentis stipulationis mutandam quidquam ea conventio proficiat. Ut enim ex stipulatione potest Titius etiam post Calendas pretium offerre; ita potest etiam ex conventione. Dies namque conventioni adjectus, quo die pretium Titius numerare debeat, non facit, quominus et post eum diem, quod debet, possit offerre ac solvere, quantumvis intersit Sejæ pretium ante Calendas numerari; ut dicendum sit eo pacto non mutari potestatem offerendi stipulatione datam. si hæc pacto cadem constituitur. Hinc fieri, ut Titio post Calendas pretium et usuras offerenti ita, ut præscribit Scævola, non sit necesse præterea offerre id, quod Sejæ interest ad petitionem hortorum ex stipulatione acquirendam: quia dum conditioni stipulationis parcatur, quæratur inde actio: in conditione autem nihil amplius fuerit, quam ut pretium et usuræ præstarentur. Nam quod illic in commentario adjectum legitur (etsi pretium dari deberet ex conventione; non ideo tamen mora facta, deberi Sejæ id, quod ejus interest, quia in obligationibus dandi solum res promissa in obligationem veniat, non etiam id quod interest eam suo tempore datam esse) hic ego lectorem monitum volo additum esse a librario, cum deletum esset, aut ita scriptum, ut deleri oporteret. Aliter sentire me de eo quod certo die dari debet, neque datum est, testantur ea, quæ ex professo disserui in iisdem commentariis ad *L. si filiusfamilias, §. ult. in fi.* idque ex *L. si fundum certo, eod. tit. de ver. ob.* quod et multo ante scripseram in Commentario de usuris, item in Commentario de eo quod interest. Sed hæc obiter. Redeo ad Scævolam: apud quem dicimus proponi conventionem stipulationi subjectam, quæ nihil minus quam insit stipulationi ad actionem, ut suo loco ostendi. Cur igitur proponitur interposita in continenti? Primum nihil prohibet otiose id esse positum, sed tantum ideo quia a consultore propositum erat: cum tamen ad juris rationem nihil referret, utrum ex continenti convenisset, an ex intervallo. Quod sæpe in responsis Scævolæ factum animadvertere possumus, ut in codem illo *§. Seja*, cum quærit, an Titius possit post Calendas agere, si universam pecuniam obtulerit: sed præcipue in *§. Callimachus, et §. coheredes L. qui Romæ, D. de ver. obl.* Tum autem ut hoc non temere additum concesserimus, sed ideo ut significetur conventionem stipulationi inesse; non tamen necesse est intelligi, ita inesse eam, ut actionem pariat; cum possit inesse tantum ad hoc, ut conditionem stipulationis præcedentis innovet. Quod ex sententia contrahentium illic fieri ibi diximus: ut scilicet cum infinita esset potestas pretii offerendi ex stipulatione, inciperet ex conventione pretium offerri posse solum intra Calendas. Certe Paulus hoc loco eum pactum subjectum stipulationi inesse dicit, non significat id actionem parere: cum non id agatur pacto, ut detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo quod datum oportuit, aliquid remittatur. Quid tamen, quod in *d. §. Seja*, dicitur Titius ex conventione superiore moram facere, si intra Calendas non offerat pretium cum usuris? Ex quo colligitur eo tempore ab eo peti posse; quia non fiat mora, ubi nulla petitio est, *L. nulla, infr. de reg. jur.* Et ibidem ostendi in extremo, moram non proprie ibi nominari; sed tantum notari eo verbo eam cessationem, quæ adversus conventionem propositam committeretur: quæ non proprie mora est, ubi id differtur, quod quidem juxta conventionem dari debuit; jure tamen non fuit necesse, cum ex ea causa peti non posset. † Restat hic locus 29 in quo generaliter scriptum est, pacta in continenti facta stipulationi inesse: de cujus dicti interpretatione agimus. Ego quod scripsi ad *L. in bonæ, C. de pact.* idem nunc

quoque de eo respondeo, de pactis ejusmodi accipi id debere, quale est id, de quo agitur: idest, de iis, quæ de eadem re interposita, obligationi præcedenti quid detrahunt; de his autem nec posse nec debere, quæ de alia re facta adjiciunt stipulationi, quod prius in ea non fuerit, ad quæ confirmanda actione est opus. Verba nobis opponuntur; generalis enim definitio est, pacta in continenti facta stipulationi inesse. Et de verbis idem quod illic agnosco, si hæc sequimur, nihil aliud nobis relinqui, quam ut concedamus etiam ea pacta quæ adjiciunt, superiore definitione contineri: quoniam generali oratione species omnes comprehenduntur. *L. si servitus, supr. de ser. urb. præd. L. Mævius, §. duorum, infr. de legat.* 2. et cum concesserimus hæc illo dicto contineri: agnosco et illud concedendum esse, inesse ista stipulationi ad actionem pariendam ita, ut his subjectis peti possit ex stipulatione quod illis pactis comprehensum est: certum est enim ex stipulatione peti posse, quidquid stipulatione continetur. *L. quidquid, infr. de verb. obl.* Sed si de his pactis, quæ rem aliam adjiciunt, Paulus non sentit: ajo verba spectanda non esse, sed mentem scriptoris et sententiam: itaque et de his dictum Pauli accipi non debere. Etsi enim eum lex generaliter loquitur, nec in rebus aut personis quidquam distinguit, etiam nos verba sequi, ac res omnes, omnesque personas accipere multis locis jubemur, ut *L. metum autem.* 9. *§. animadvertendum, supr. quod met. caus. L. item veniunt, §. a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de pub. act.* tamen hactenus id faciendum esse convenit, nisi appareat aliud sensisse scriptorem. Semperque in omni scripto, dictove placet spectandum esse, non quod dictum, sed quod actum est: mentem denique et sententiam. Quod cum in contractibus receptum est; *L. semper in stipulationibus, infr. de reg. jur. L. sed Celsus, §. 1. infr. de cont. em.* tum præcipue valet in legibus. *L. pen. sup. ad exh.* Nego autem superiore dicto Paulum sensisse de iis pactis, quæ adjiciunt, spectantque ad aliquid petendum, quod prius non esset in stipulatione. Primum quia alienum et ineptum sit de his dicere, cum ad quæstionem propositam nihil pertineat. Deinde quia si et hæc dicat stipulationi inesse, aperte sententia falsa sit. Quorum posterius cum concurrit, nunquam generalis oratio aut ratio sic accipitur in jure, et veterum scriptis ut de eo auctor sensisse existimetur. Primum in stipulationibus ipsis constat, si quis ita interrogatus, *dabis Calendis, aut dabis, si navis ex Asia venerit,* respondeat simpliciter, *dabo:* responsionem generalem sic accipi ut ad interrogatum referatur, videaturque promissor in eandem diem vel conditionem respondisse. *§. præterea, Inst. de inut. stip.* Sic in transactionibus, si generalis conventio transigendi caussa ita interposita sit, ut caveretur nihil amplius peti: placet sic conventionem accipi, quasi dictum esset, nihil eo nomine, de quo prius actum et tractatum est. *L. si de certa, C. de trans.* Hæc omnia ideo, quia ita mens est omnium loquentium, ut responsum ad id de quo prius interrogati sunt, et de quo prius actum est, referre soleant. Quod si fit in rebus contrahendis, et sermonibus hominum persæpe non ita intelligentium: quanto magis hanc mentem atque hunc morem in scriptis prudentium et consideratorum scriptorum accipi oportebit? Atqui alienum esse a quæstione hic proposita, inicere mentionem de his pactis, quæ de alia re præstanda fiunt, quam quæ stipulatione continetur: idest, quæ aliam rem adjiciunt, valentque ad actionem creditori pariendam, probatione non eget. Apparet enim proponi id pactum, quod detrahat de summa sortis promissæ, quodque reo tantum prodesse possit ad liberationem, creditori ad actionem nullo modo. Nam quatenus treceni denarii menstrui promittuntur conventione, nullam hinc actionem habet reus, sed potius eo magis obligatur: si tamen posset eo pacto magis obligari, quam ante tenebatur ex stipulatione, contra *L. quis his, infr. de verb. obl.* Si cui hæc pars conventionis prodesse potest, solum potest creditori. Sed et huic est inutilis: qui enim prius totius sortis actionem ex stipulatione habuit, utique habuit ex stipulatione et singularum partium actionem. Itaque hanc ex pacto non desiderat, qui eam habet ex stipulatione. Quatenus autem conventione id agitur, ut ex summa universa sortis non plures denarii singulis mensibus refundi debeant, quam treceni, quo spectat proposita conventio: hac parte ita est conventio pro reo, itaque pertinet ad eum liberandum præstatione totius sortis, ut actori nocere possit, proficere autem ei ad quid petendum per rerum naturam non possit. Quod ad debitorem ipsum attinet, sic illa ei proficit, ut tamen inde liberationem aut defensionem adversus priorem obligationem desideret, non actionem, quæ solius creditoris est, non rei. Ita fit omnino, ut posita quæstione de hoc pacto, non magis ad rem faciat, respondere de iis pactis quæ stipulationi adjiciunt, et ad actionem valent, quam convenit de reo interrogatum respondere de actore, aut interrogatum de defensione vel liberatio-

na rei respondere de hujus obligatione, seu da crediloris actione. Consentaneum est igitur, eum in hao quæstione ad vim pacti probandam hac ratione utitur. *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, rationem sic accipi, quasi ita dixisset: dicebam, quia pacta hujus generis, quale est hoc, quod proponitor, in continenti facta stipulationi inesse creduntur: et quæ sequuntur, ut responsio interrogationi congruat. Dici tamen potest nihil prohibere, quominus Paulus generalem sententiam de pactis omnibus posuerit, et tamen accommodate ad quæstionem propositam respondeat: quia ratio generalis huc spectet, ut ex ea facilius colligat eam speciem, de qua quæritur. Nemo enim negaverit sic recte colligi, et instituto convenienter: quia pacta omnia sive quæ adjiciunt, sive quæ detrahunt stipulationi, si in continenti fiant, stipulationi inesse creduntur; ideo hoc quod proponitur, cum ex eo genere sit, et maximo cum ad liberationem spectet, non ad obligationem, stipulationi priori sic inesse, ut eam renovet. Sed observandum est hoc loco non fuisse propositum Paulo probare hoc pactum quod detrahit, stipulationi inesse: id enim pro certo sumit; sed solum ostendere, si iosit, quam vim id habeat ad præcedentem stipulationem renovandam. Ad quod probandum nihil fuit necesse injicere sermonem de aliis pactis: cum satis fuerit id ponere, quod instituto conveniebat, hujusmodi pacta nimirum in continenti facta credi inesse stipulationi: ex quo efficiebatur id, quod de stipulatione renovata colligit. Demus tamen hæc hactenus de mente Pauli ex proposita hypothesi colligenda dici magis consentanee et probabiliter, quam necessario. At certo illud non dubitatur, quin ratio generalis certæ hypothesi subjecta intra metas quæstionis propositæ, idest, intra species similes includi debeat ex mente scriptoris, si longius producta, falsa sit. Cujus rei appositissimum exemplum occurrit in *L. si procurator meus, infr. de acq. rer. dom.* Proponitur procurator domini vel tutor pupilli rem suam quasi domini vel pupilli alii tradidisse: quæritur, an recesserit ab eis dominium. Respondetur non recessisse, et nullam esse alienationem, addita hac ratione: quia nemo errans rem suam amittat. Hæc ratio generalis est: sed si ut verba sunt, ita accipitur, falsa est. Nam et qui indebitum per errorem solvit, errat: neque eo minus dominium rei suæ transfert, eoque amittit; alioqui vindicatio soluti ei daretur, non condictio. *L. si dominus, infr. de cond. ind.* Quomodo igitur illud accipimus, neminem errantem rei suæ dominium amittere? Omnes concedunt ex specie et quæstione illic proposita sic accipiendum esse: ut errans intelligatur, qui eo modo erret, quo in specie facti propositum est: ut sit sensus, neminem errantem in dominio rei suæ. de quo quæstio posita erat, ejus rei dominium amittere; cæterum qui in caussa tradendi errat, dum putat se ex justa caussa debere, nihilominus transferet. At enim ratio generaliter scripta est, et verba omnem errantem continent. Sed placet, quod generalius dictum est, ad quæstionem propositam restringi debere, nempe ex sententia scriptoris: quæ non tantum ex eo colligitur, quod recte fit, si ratio quæstioni serviat, et intra septa ejus contineatur; sed etiam quod non est verisimile auctorem peritum juris de specie aliqua consultum pro ratione id posuisse, quod præterquam quod proposito non conveniret, etiam per se juri adversaretur. Ejusdem generis exemplum ocurrit in *L. ingenuum, supr.* de stat. ho. *Ingenuum*, inquit Ulpianus, *accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res judicata pro veritate habetur.* Hæc ratio sic accipienda est, quasi dictum esset: quia res judicata in hac caussa pro veritate habetur: hic enim re vera habetur, ut et in aliis actionibus præjudicialibus, *L. 1. in fin. et L. 2. infr. de agn. lib.* In cæteris non habetur, nisi inter eos, inter quos judicatum est: inter alios res judicata aliis non nocet. *L. sæpe, infr. de re jud. tit. C. res in. al. act. vel jud. al. ne noc.* Similiter et de superiore ratione Pauli hoc loco judicandum est. Proponitur pactum, quod præcedenti stipulationi sortis detrahebat: quæritur, an id in continenti subjectum stipulationem ipso jure renovet. Respondet Paulus renovare: et addit rationem superiori illi similem, idest, verbis generalem: *quia pacta*, inquit, *in continenti facta stipulationi inesse creduntur*. Etsi non dixit, pacta hujusmodi, seu pacta quæ sunt huic similia, de quo agitur; tamen hoc ideo intelligi debet, non solum quia do his dici ad propositi confirmationem satis est; sed etiam quia de aliis, quæ stipulationi rem novam adjiciunt, quæ præstari amplius debeat, idem dici nisi falso non potest. Neque hujus rei longe petenda probatio est: cum enim stipulatio verbis conficiatur, tantumque in eam veniat, quantum verbis comprehensum est: *L. quidquid, infr. de verb. obl.* palam est, quæ res stipulationis verbis promissæ non sunt, eas stipulationi non inesse:

si modo nihil aliud est stipulationi inesse, quam stipulatione contineri. Sed si pacta in continenti stipulationis facta ad actionem non prosunt: consequens erit, dixerit aliquis, ea solum prodesse ad exceptionem quod hic Paulus negat. Esset hoc consequens, nisi inter actionem et exceptionem esset aliquid tertium, quod efficerent ea pacta, quæ in continenti facta detrahunt stipulationi. Hæc non prosunt ad actionem, quia nec his id agitur, ut quid detur, aut fiat. Sed nec prosunt ad exceptionem, quia his interpositis reo ad liberationem exceptione non est opus. Quid ergo? est hic tertium quiddam, quod Paulus hoc loco statuit, et simul statuendo exceptionem removet: si quidem ipso jure renovant stipulationem, ut actione inde jure sublata exceptioni non sit locus. §. 1. *et seqq. Inst. de exc.* Ergo actionem renovant, seu mutant hæc pacta in continenti facta: sed non ideo valent ad actionem pariendam. Quinimo quatenus ad liberandum reum hæc comparata sunt, eatenus actionem parere non possunt. At si pactum detrahens in continenti additum in actionem valet, ut eam mutet: quidni dicamus id quod adjicit, multo magis, aut certe itidem valere? Natura rerum istarum prohibet. Detrahendo enim statim consensum stipulationi, reddimus eatenus stipulationem inutilem: quia sine consensu non valet, etiam si maxime priora ejus verba maneant. Rei autem novæ promissionem adjiciendo, non ideo contrahimus novam stipulationem, aut hoc ipsum pactum in priorem stipulationem deducimus: enim stipulatio de re aliqua sine verbis quibus ea res includatur, confici non possit, ut ante dixi. Adjeci et alia quædam ad hujus interpretationis rationem. in *d. L. in bonæ, C. de pact.* quæ si cui videtur, his adjungere licebit: nunc his contentus ero. Hoc quidem loco mihi illa explicatu necessaria videbantur.

Ad L. *Ejus* penult.

Africanus *lib.* 7. *Quæstionum.*

Ejus qui in provincia Stichum servum Calendario præposuerat, Romæ testamentum recitatum est, quo idem Stichus liber et ex parte heres erat scriptus, qui status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit, aut credidit, ut interdum et stipularetur, et pignora acciperet. Consulebatur, quid de his juris esset. Placebat, debitores quidem, qui ei solvissent, liberatos esse: si modo ipsi quoque dominum decessisse ignorassent: earum autem summarum nomine quæ ad Stichum pervenissent, familiæ erciscundæ quidem actionem non competere coheredibus, sed negotiorum gestorum dari debere. Quas vero pecunias ipse credidissent, eas non ex majore parte, quam ex qua ipse heres esset, alienatus esse. Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas; deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facias. Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur; ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret. Quare si nulla stipulatio intervenisset: neque creditam pecuniam pro parte cohæredis peti posse, neque pignora teneri.

Quod si stipulatus quoque esset; referret quemadmodum stipulatus esset. Nam si nominatim, forte Titio domino suo mortuo jam dari stipulatus sit: proculdubio inutiliter esset stipulatus. Quod si sibi dari stipulatus esset: dicendum, hereditati eum acquisiisse. Sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni servi bona fide serviunt, acquiritur: ita hereditati

quoque ex re hereditaria acquiri. Post aditam vero a coheredibus hereditatem, non æque idem dici potest: utique si scierint eum sibi coheredem datum: quoniam tunc non possent videri bonæ fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent. Quod si proponatur coheredes ejus id ignorasse, quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint; potest adhuc idem responderi. Quo quidem casu (et) illud eventurum, ut si suæ conditionis cohæredes iste servus habeat, invicem bona fide servire videantur.

SUMMARIA.

1. *Calendarium, et calendario præponere. quid*, et num. 2.
2. *Usuræ stipulari solitæ in singulos Calendas: solvi Idibus.*
3. *Institoris mandatum morte domini finiri hactenus, ut a scientibus cum eo mercem exercente contrahi, non etiam ut a scientibus ei solvi possit.*
4. *Debitores mandatum finitum ignorantes, si institori procuratorive quamvis finitum scienti solvant, utilitatis caussa liberari.*
5. L. Mævius, §. 1. D. de fam. ercisc. *explicatur, et conciliatur cum* hoc loco.
6. *Stichus coheres pecuniis exactis tenetur coheredibus: si exstent, familiæ erciscundæ; si consumptæ sint, negotiorum gestorum.*
7. *Negotium coheredum heres gerit, qui pecuniam hereditariam exigendo debitorem liberat: etsi non fuit hoc animo, ut coheredum nomine exigeret.*
8. *Heredem nomine defuncti, quem defunctum ignorat, pecunias credentem, in eo errore pecunias pro sua parte non alienare.*
9. *Qui pecunias suas pro alienis, quasi alterius essent, credidit; si re cognita velit esse creditas, alienat, et creditas facit.*
10. *Mandatum de pecuniis credendis alienandisve morte domini finitur et in procuratore et in institore.*
11. L. fundi, D. de acq. pos. *explicatur.*
12. *Institor morte domini institor esse desinit.*
13. *Explicato et cum hoc responso conciliata* L. si quis mancipiis, §. si impubes, §. ejus, de inst. *et* n. 15.
14. *Institorem mortuo domino etsi institor non est, tamen quibusdam in caussis pro institore haberi: et quibus.*
15. *Promiscuus usus*, et promiscui usus utilitas *quid sit.*
16. *Consumpta pecunia quæ initio a Sticho alienata non fuit, et in proposito condictionem nasci, et quibus.*
17. *Exstantis coheredum pecuniæ mutuum voluntate nova coheredum contrahitur, et condictio his quæritur; si tamen velint a se esse mutuam, et debitores consentiant: non aliter.*
18. *Ratum heredes habere non possunt, quod nomine testatoris jam defuncti gestum est.*
19. *Mortuo, seu ei qui mortuus est, dari inutiliter stipulamur.*
20. *Hereditas adita hereditas esse desinit.*
21. *Per liberum hominem bona fide servientem ei qui jam mortuus sit, hereditati defuncti acquiri: et cur.*
22. *Hereditatem pro possessore interdum haberi, et quando.* et num. 25.
23. *Ante apertas tabulas hereditatem adiri non potuisse, quomodo intelligendum.*
24. *Liber homo qui defuncto servivit bona fide, si possessorem decessisse ignoret, intelligitur et heredibus idem ignorantibus bona fide servire, iisque acquirit.*
25. *Heredes etiam non apprehensa possessione interdum pro possessoribus haberi.*
26. *Servire bona fide alicui nemo intelligitur, nisi ei, a quo bona fide possideatur, seu ei qui pro possessore habeatur.*

Dominus in provincia Stichum servum
1 Calendario præposuerat. ÷ Calendarium proprie est liber, in quem nomina, et fœneratitiæ pecuniæ referuntur. *L. Sticho*, §. *servus, vers. item quæro an ea, infr. de stat. L. qui filium, infr. de legat.* 3. dictum a Calendis, ut inter eruditos fere omnes convenit, ÷ quod veteres in singulas Calendas 2

pecunias creditas, earumque usuras stipulari solerent; ut factum videmus in *L. Lecta, supr. et in L. ita stipulatus*, 126. §. *Chrysogonus, infr. de ver. obl.* quod in primis declaratur illis versibus Horatii *lib.* 1. *Sermon. Sat.* 3.

Odisti, et fugis, ut Drusonem debitor æris:
Qui nisi, cum misero tristes venere Calendæ,
Mercedem aut nummos unde unde extricat, amaras,
Porrecto jugulo historias, captivus ut, audit.

Primum Calendas venisse dicit, ut in debito præsenti; deinde aperte tristes misero debitori vocat, quod his debitor usuras aut sortem undecumque posset, extricare cogeretur, si ita creditor postularet. Neque vero hæc necessitas solutionis aliunde, quam quod usurarum stipulatio in eum diem collata est. Usuræ enim fœnebris pecuniæ ut non citra stipulationem; ita non nisi ex conceptione stipulationis debentur. *L.* 3. *C. de usur.* Itaque quod quibusdam locis significatur, usuras et sortem exigi solitas Idibus, ut in *priore in Catilinam:* quod idem Horatius *Epo.* 2. *in extremo* scribit fœneratorem Alphium, omnem relegisse, vel ut alii legunt, redegisse *Idibus pecuniam:* ad voluntariam dilationem fœneratorum more inter eos receptam, non ad jus constitutæ obligationis referendum est; quod et aliis quibusdam recte est observatum. Idque non tantum prior ille locus Horatii, sed vel idem iste posterior maxime exigit; in quo quem fœneratorem dixerat omnem redegisse pecuniam Idibus, eundem subjicit, quærere eam Calendis ponere, idest, exponere et collocare fœnori. Calendis, non ut tunc numeraret tantum; sed ut stipularetur usuras in sequentes Calendas, uti mos Romanis fuit usuras stipulari et constituere in singulos menses; cujus moris passim exempla exstant illustria in *d. L. lecta, et d. L.* 126. §. *Chrysogonus, de verb. obl.* Μετωνυμικῶς Calendarii verbo significantur ea, quæ Calendario continentur; idest, nomina pecuniæ creditæ. Hinc eodem interprete Africano in *d. L. qui filium, infr. de legat.* 3. Calendario præponere, est præponere nominibus faciendis; sed ita faciendis, ut possit qui præpositus est, exigere; quo pecunia inde redacta rursum collocetur, unde et nova nomina fiant, quæ rursum in Calendarium referantur. In summa, Calendario præponere est, præponere pecuniæ exercendæ, idest, credendæ et exigendæ. Quod Sticho in proposito a domino tributum fuisse intelligimus; ex qua potestate est hic quod Stichus paulo post fecisse proponitur: pecunias nimirum defuncti domini aut exegisse aut credidisse. Hic servus testamento a domino liber et ex parte heres scriptus erat. Quæ res fecit, ut post mortem domini quamvis ignoraret se heredem institutum, tamen protinus liber et necessarius testatori heres exsisteret; *Inst. de her. qual. et diff. in pr.* nec ad rem pertinet, quod pro parte tantum sit heres institutus, *L. ex parte infr. de acq. her.* Unde et ante apertas tabulas testamenti etiam olim heres esset; quamvis ita jus esset in extraneis heredibus, ut ab his ante apertas tabulas hereditas adiri non posset. *L.* 3. §. *ult. infr. de her. inst.* Itaque quod hic proponitur, testamentum Romæ recitatum esse, non ideo adiicitur, quod quidquam ad jus Stichi pertineat id ita esse factum: sed ut intelligatur, eum id testamentum postulantibus aliis heredibus forte apertum et recitatum esset; tamen Romæ id factum esse, cum Stichus esset in provincia; atque ita procedat, quod subiicit, eum cum re vera liber et heres esset, tamen status sui ignarum fuisse, atque ita se gessisse, ut si adhuc dominus viveret, et ipse domini esset institor, cujus nomine pecuniam exerceret. Is ergo hoc modo *status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit, aut credidit*, inquit Africanus. Pecunias defuncti non recte dixit, nisi per anaphoram id dictum intelligimus; sive eas pecunias acceperimus, quæ vere sunt defuncti; sive pecunias defuncto debita. Non enim magis defuncto qui non est, quidquam deberi potest, quam quidquam ejus esse. Nam quod meum appellatur id, etiam quod mihi debetur. *L. si me et Titium, supr. eod. L.* 1. *infr. de eo quod cer. loc.* tunc solum recte fit, cum prius est aliquid debitum. Jam autem diximus defuncto deberi nihil posse; idque natura ipsa efficitur. Sed et hoc nihil ad pecunias creditas pertineret. Creduntur enim pecuniæ defuncti, non quæ ei debitæ intelliguntur, sed quæ sint ejus. Verum relatione facta ad id quod olim fuit, recte dicuntur pecuniæ defuncti, quæ ejus qui nunc defunctus est, olim fuerunt, dum viveret: ut quod nomen ab initio in re fuit, id etiam re mutata maneat, quo facilius res quæ fuit, intelligatur. Quæ ratio loquendi usitatissima est. Hoc modo in usu juris dicitur tutor tutelæ judicio conveniri, condemnari, rationem administrationis reddere debere. *L.* 1. *L. cum pupillus, et* 2. *seqq. infr. de tut. et rat. dist.* cum tamen nihil horum fiat, nisi finita tutela, *L. nisi, infr. de tut. et rat. dist.* ae finita tutela constet eum qui tutor fuit amplius

tutorem non esse. Sed et post pubertatem, quo tempore finiri tutelam nemo ignorat, dicitur tutor pupilli negotia administrasse in *L. si tutor post*, et *L. si post. infr. de tut. et rat. dist.* In quibus orationibus et similibus ubique tutor intelligitur is, qui prius fuit tutor. Sic et insula dicitur, quæ ante fuit insula, et nunc esse desiit, quo magis intelligatur, quæ terra designetur, in *L. insula, infr. de acq. rer. dom.* Similiter hoc loco cum dicitur Stichus pecunias defuncti aut exegisse aut credidisse, pecunias defuncti accipere debemus eas, quæ olim fuerunt defuncti. Et sane fuerunt ejus dum viveret, sive vivo eo Stichus eas credidit, quas dein de exegit, sive credidit eo mortuo. Eas quæ i'a defuncti fuerunt, recte dicitur postea exegisse, ut intelligamus exegisse eum non eandem speciem, quæ data est, sed alias ejusdem generis. *L. 2. supr. eod.* eas tamen quæ vi et potestate idem præstent, ut re ipsa eædem pecuniæ, quæ defuncti fuerunt et creditæ sunt, videantur exactæ. *d. L. 2. §. 1.* qua ratione et in vino mutuo Julianus dixit vinum petitum esse, quod mutuum datum erat, in *L. vinum, supr. eod.* dum intelligit vinum ipsum quidem quod datum est; non tamen idem corpore, sed potestate, dum id agitur, ut ejusdem generis et bonitatis vinum ac tantundem reddatur. Ergo, ait Africanus, Stichus status sui ignarus pecunias defuncti, idest, quæ olim defuncti fuissent, aut a se creditas exegit, aut postea credidit ita, ut interdum creditas stipularetur, et pignora acciperet: quibus in rebus positum esse officium ejus, qui Calendario: idest, pecuniæ exercendæ præpositus est, supra diximus. Cum nihil horum jure suo fecerit Stichus, utpote finito domini mandato, et ipse liber factus: quæsitum est, inquit, quid de his juris esset. De quo deinceps respondent, et ut sunt quæstionis propositæ capita duo, ita de his respondet ordine: prius de pecuniis exactis, secundo loco de creditis.

PLACEBAT DEBITORES) Circa pecunias exactas, de quibus hic respondet, hæc erant duo, de quibus dubitari posset: Primum an liberati sint ea solutione debitores hereditarii, cum ei solverint qui creditor non esset, neque voluntate domini id fecerint, ut qui jam decessisset: alterum, si forte liberati sint debitores, qua actione teneatur Stichus coheredibus earum summarum nomine, quæ ad eum pervenissent. Nam quin his teneatur aliqua actione, non dubitatur: cum illorum negotium in ea exactione gesserit. Itaque de utroque breviter statuit ad hanc sententiam; et debitores dominum decessisse ignorantes esse liberatos; et Stichum de his summis negotiorum gestorum actione coheredibus teneri. *Placebat*, inquit, *debitores quidem, qui ei solvissent, liberatos esse: si modo ipsi quoque ignorassent dominum decessisse.* His verbis complectitur duas sententias; unam, quam verba exprimunt; alteram, quæ ex conditione intelligitur. Ut enim aperte dicit debitores esse liberatos sub conditione, si ipsi quoque dominum decessisse ignorassent; ita sub contraria conditione hoc dicere intelligitur, si non ignorassent dominum decessisse, non esse liberatos. *L. 1. vers. hujus, supr. de off. ejus, L. quibus, §. 2. infr. de cond. et dem.* Vis hæc est conditiones, ut rem suspendat, ac nisi illa exstiterit, non sit locus ei, quod sub conditione fit, aut dicitur. *L. cedere. infr. de ver. sig. §. sub conditione, Inst. de ver. ob.* Quod si in præsens aut præteritum collocata sit, hanc vim habet, ut si vera est, statim statuat, quod dicitur, sin falsa, statim in contrarium mutet totam sententiam. *§. conditiones, Inst. de ver. obl.* Et vera est superior utraque sententia, ut non immerito priori conditionem supra scriptam adjecerit; sed utraque tamen ejusmodi, quarum altera ex ratione juris altera ex aliis locis incidat in dubitationem, quæ diluenda est. Ac primum quod ait debitores liberatos esse, si ut in proposito Stichus, sic et debitores dominum decessisse ignorassent, sententia est juris explorati, *§. recte, Inst. mand. L. cum quis, §. 1. infr. de sol.* sed habet tamen hanc quæstionem. Sic enim jus est de solutione, debitorem solvendo ita liberari, si aut creditori ipsi solvat, aut alii solvendo, id faciat voluntate creditoris, *L. vero, L. solutam, infr. de sol.* Hic autem constabat creditori solutum non esse. Nam Stichus heres quidem erat, eoque et creditor; sed non solus, cum alii essent heredes instituti. Sed nec voluntate creditoris pecunia Sticho soluta est; qua enim voluntate creditoris, ejusdemque domini prius utebatur, hæc morte domini finita est. *L. 4. infr. loc.* Nec quidquam præterea ei a coheredibus mandatum est de pecunia exigenda. Quo effici videbatur debitores huic solvendo nullo modo liberari. Et hoc stricta juris ratione ita statui debuisse scriptum est in *d. §. recte, Inst. mand.* Sed ibidem adjicitur, utilitatis caussa receptum esse, ut cum debitores voluntatem domini mutatam aut finitam esse ignorantes solvunt ei, cui prius exigendi aut recipiendi potestas facta erat, in hoc errore liberentur, ne justa ignorantia illis noceat. Vera igitur et certa prior sententia. Sed et quod dicitur ex diverso, debitores post

mortem domini Sticho solventes, non liberari, si ipsi dominum decessisse scissent: ipsum quoque verissimum est. *L. dispensatori, infr. de sol.* Idque consequens est superiori rationi Justiniani. Nam si ignorantes debitores solventes solum utilitatis et humanitatis caussa liberantur, ne justa ignorantia eis noceat: nihil habent illi, quo se tueantur postea adversus creditorem, si his justam ignorantiam detraxeris; multo minus, si omnem ignorantiam. Videri tamen potest contrarium esse, quod esse, quod est in *L. si quis mancipiis*, §. *si impubes, et* §. *seq. infr. de inst. act.* Quod enim illic traditur, post mortem domini eum institore recte contrahi etiam ab iis, qui scirent dominum decessisse: hoc efficere videtur etiam post mortem domini institorem manere, qui prius fuerat; et si ex ejus contractu actio in heredes etiam scienti danda est: multo magis etiam scientes si solverint, ab herebibus liberari. Sed de sententia illius loci dicam paulo post accuratius, cum ad pecunias creditas, de quibus sequitur, ventum erit: quoniam objectio ejus loci non minus ad eam partem, quam ad hanc pertinet: atque haud scio, an magis cum apertius in ea parte declaretur institoris officium morte domini finiri.
3 ✝ Tantum nunc dicam breviter, quod putem ad hunc locum sufficere: morte sola domini finiri cujusvis institoris mandatum. Utilitatis tamen caussa receptum, ut possit cum eo negotiationem exercente etiam ab his qui dominus decessisse sciunt, utiliter contrahi. Sed non ut hoc permissum est: ita a scientibus ei solvi concessum esse. Neque id alio loco magis ostendi, quam illo ipso, quem retulimus. Cur enim possit eum institore contrahi ab eo, qui sciat dominum decessisse, duplex illic ratio reddita est: et quod utilas promiscui usus id suadeat: et quod non sit imputandum ei, qui eum institore mercem exercente contrahat. Si probatur, cum debitores dominum decessisse non ignorantes institori solvunt, in ea solutione non versari utilitatem promiscui usus, quæ illic nominatur: si probatur præterea imputandum esse debitoribus, si tum institori solvant: utraque de caussa ex illo ipso loco evincitur institori post mortem domini a scientibus solvi non posse. Utrumque autem verum esse tum poterit intelligi, cum ostenderimus quid sit in eo loco utilitas promiscui usus, et cur non sit imputandum ei, qui eum institore post mortem domini sciens contrahat. Recte ergo Africanus, eum debitores Sticho solventes, hic liberatos esse dixit, adjecit hanc conditionem: *si modo ipsi quoque non ignorassent dominum decessisse:* significans nullo modo esse liberatos, si scientes dominum decessisse, institori solvissent: id quod jus esse ostendimus.
✝ Sed quoniam ait, *si ipsi quoque:* dubitari potest, num simul Stichi et debitorum ignorantiam exigat, ut hi Sticho solventes liberentur, ne nihil his prosit ad liberationem ignorasse mortem domini, si Stichus forte non ignorasset: hæc enim conjuncto, *quoque*, Stichum in eandem conditionem includere videtur. Sed hoc non ita accipi debet. Quinimo ex verbis apparet ignorantiam solum exigi in debitoribus, non etiam in Sticho: non enim dicitur, si et Stichus et debitores ignorassent; sed solum si debitores quoque ipsi ignorassent. Cur ergo adjicitur particula *quoque?* Quia Stichus proponebantur in proposito id ignorasse: ideo exigitur, ut debitores ignorent similiter, ut Stichus ignorabat: ut ignorabat, inquam, de quo propositum erat: non ut ignorare debebat, de quo non quærebatur. Itaque hac conjunctione solum declaratur Stichum ignorasse: non etiam ut ignoret desideratur: commodeque ita dicetur vocari debitores hac conjunctione non in eandem conditionem, seu in eandem necessitatem ignorantiæ cum Sticho; sed in eandem ignorantiam, non quæ in illo esse debuisset, sed quæ in eo fuisse proponebatur. Qua ex sententia solum in debitoribus relinquitur conditio, qua ab his ignorantia hæc ad liberationem exigatur. Atque ut hæc verborum sententia est: ita eam ex jure et mente auctoris accipi convenit. Sic enim statui debet, debitores post mortem domini institori aut procuratori solventes, dum ignorent dominum decessisse, omni modo liberari, etsi institor aut procurator dominum decessisse non ignoret. Horum enim scientia non facit, quominus in debitoribus id ignorantibus justa sit et probabilis ignorantia: hæc vero per occasionem mandati defuncti nunquam debitoribus nocere debet. *d.* §. *recte, Inst. mand.* Liberantur quidem hoc casu debitores alias ipso jure, alias per exceptionem; ut est ejusdem Africani de hac re distinctio, relata in *L. cum quis*, §. 1. *infr. de sol.* Ipso jure: si institor procuratorve non intervertendi animo pecuniam accipiant, sed ut heredum negotium gerant. Per exceptionem: si illi hoc animo sint, ut pecuniam lucrentur. Sed sive hoc, sive illo modo liberantur debitores: semper summa Africano huc redit, ut ignorantes scienti solventes liberentur. Nam et qui exceptionem perpetuam habet, non minus dicitur liberatus, *L.* 5. *C. de pact.* Nec abs re: cum juxta

regulam juris, nihil intersit, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil, infr. de reg. jur.* Qua ratione Ulpianus in *L. si quis servo*, 18. *infr. de sol.* cum debitor dominum mortuum esse ignorans scienti institori et animo intervertendi pecuniam accipienti solvit: non dubitavit absolute dicere eum liberari, etsi ex sententia Africani non liberatur ipso jure. Neque in eo adversatur Africano: cum si intellexerimus eum debitorem liberari per exceptionem, nihilominus semper verum futurum sit eum liberari, ut dixi.

EARUM AUTEM SUMMARUM NOMINE) liberatis debitoribus, necesse est coheredibus perire pecuniam, aut ipsis eo nomine consuli adversus Stichum, qui pecunias exegisset. De eo ergo secundo loco respondet, Stichum pecunias, quæ ad ipsum pervenissent, coheredibus suis pro portione eorum hereditaria restituere debere. Si recuset: esse illis in eam rem cum ipso negotiorum gestorum actionem, non familiæ erciscundæ. Quod sumptum est ex iis regulis, quibus hæc judicia continentur. Sic jus est: Si heres coheredum suorum negotium gessit, tenetur eo nomine coheredibus suis, ut his restituat, quod ad se pervenit; sed alias familiæ erciscundæ judicio, alias negotiorum gestorum. Familiæ erciscundæ judicium tunc locum habet, cum heres id quod gessit, ut heres gessit, et præterea ob partem suam necesse habuit etiam coheredum partem attingere, propter earum indiscretam conjunctionem. *L. qui erat, vers. nam ut familiæ, L. heredes, §. si unus, supr. fam. erc.* Horum si quid desit, est negotiorum gestorum actio. *d. L. heredes, §. non tantum*, In proposito autem Stichus, qui pecuniam exegit, neque exegit ut heres, ut qui se heredem esse ignoraret: *d. L. qui erat, vers. pen, fam. ercisc.* et si scisset se heredem: tamen portionem coheredum non habuit necesse exigere, ut suam consequeretur: quia suam propriam et a cæterorum portionibus ipso jure divisam habuit. *L. ea quæ, C. fam. ercisc.* Sed videamus, ne in utraque actione e converso dici debuerit, et familiæ erciscundæ actionem nimirum hic competere, et actioni negotiorum gestorum
5 locum non esse. † Ac competere familiæ erciscundæ actionem scriptum videtur in *L. Mævius, §. 1. supr. fam. erc. Si servus*, inquit Julianus, *liber et heres esse jussus sit* (qualis nunc proponitur) *id quod ex rationibus, quas paterfamilias gessisset, penes se retineret, judicio familiæ erciscundæ coheredibus suis præstabit.* Loquitur ibidem Julianus de his, quæ servus vivo patrefamilias exegit, et manumissus post mortem domini retinet (id enim geritur patrifamilias, quod vivo eo geritur: cum non sit paterfamilias quisquam, nisi vivus) hic autem de iis pecuniis agitur, quas Stichus liber factus exegit, patrefamilias mortuo. Sed si in specie hujus loci fingimus hunc ipsum Stichum, quas pecunias prius exegerat status sui ignarus, easdem itidem penes se retinere, ut in specie Juliani proponitur: non potest ab illo in priore genere rerum et pecuniarum exactarum, familiæ erciscundæ judicium recipi, quin recipi debeat et in posteriore: quia et in hoc eadem ratio sit omnino, quæ pariter huic judicio locum faciat. Cur enim quæ vivo domino servus exegit, quæque manumissus et ex parte heres factus post mortem domini retinet, ea præstat familiæ erciscundæ judicio coheredibus? Non utique, ut quidam inepte sentiunt, quia tum illa exegit, cum solida exigere necesse haberet, ut pote a domino jussus, cui parere fuit necesse. Non enim ut hoc judicium de eo quod gestum est, competat, quidquam ad rem facit gerendi necessitas: nisi quod geritur, geratur in hereditate, et sit heres, qui gerit, et gerat quasi heres. *L. et puto, §. sed etsi. L. qui erat, vers. pen. supr. fam. erc.* Quorum nihil facere potuit servus in his quæ gessit vivo domino: quo tempore nondum ulla fuit viventis hereditas; ipse ut servus nullo modo heres. Cur ergo, inquam, illa quæ manumissus, idemque heres ex rationibus quas paterfamilias gessit, retinet, judicio familiæ erciscundæ præstat coheredibus? Haud dubie quia per servum quæsita, vivo domino quæsita sunt: eoque et si moriente domino exstent, reperiuntur in ejus hereditate, fiuntque ob hanc caussam post mortem ejus hereditaria. Veniunt autem in hoc judicium exceptis nominibus res omnes hereditariæ, ut inter heredes dividantur: quam ad rem maxime hæc actio constituta est. *L. 1. §. 4. supr. fam. erc.* Atqui in proposito pecunia, quam Stichus status sui ignarus post mortem domini exegit, quandiu exstabit, non minus est hereditaria: ut hoc constituto non magis superiore illo responso Juliani, quam certis regulis hujus judicii efficiatur, etiam eam pecuniam quam Stichus penes se retinebit, in hoc judicium venire. Hereditariam esse hanc pecuniam, et ita hereditariam, ut si exstet, veniat in hoc judicium, non est quod dubitemus. Quod servo hereditario datum est, hereditarium est: quia per hunc hereditati acquiritur:

eoque et in judicium familiæ erciscundæ venit. *L. et post, in pr. supr. fam. erc. L. L. hereditas, infr. de acq. rer. dom.* Ergo et in proposito quæ pecunia a Sticho exacta est, erit hereditaria: quia et ipsa per eum non minus hereditati acquiritur. Est enim in hac specie Stichus is, qui bona fide hereditati non aditæ serviat, et pecunia quæ illi solvitur, ex caussa et obligatione hereditaria solvitur. Constat autem per eos sive servos, sive liberos homines, qui bona fide serviunt, ut possessori vivo, ita eo mortuo etiam ejus hereditati ex re hereditaria acquiri. Ac ne dubitemus id ad Stichum, de quo quæritur, pertinere, id ipsum diserte de eo affirmatur paulo post ab Africano, in *vers. quod si sibi dari.* Neque hic audiendi sunt, qui negant in proposito pecunias a Sticho exactas, ex re et caussa hereditaria esse quæsitas: quia potius exactæ sint ex caussa mandati, quod jam nullum erat, utpote morte domini finitum. Nam utrasque de caussa pecuniæ hæc exactæ sunt: et quia debebantur, et quia Sticho mandatum erat, ut eas exigeret; debitoribus, ut illas solverent. Sed prima et præcipua exigendi atque solvendi caussa hæc fuit, quod pecuniæ debebantur. Nunquam enim aliter eas exigere potuisset Stichus; nec debitores eas unquam solvissent, nisi debitas: hæc vero obligatio cum a defuncto descendat, est hereditaria. Quapropter etsi caussa mandati ad exigendum finita est: tamen hac sublata, restat caussa altera, nempe obligatio: ex qua eum pecuniæ exactæ et solutæ sint, negari non potest, quin exactæ et solutæ sint ex caussa hereditaria. Recte etiam dicetur, aliam esse caussam, sine cujus opinione pecuniæ Sticho solutæ non essent; aliam, propter quam exiguntur et solvuntur. Illa caussæ similitudinem habet, revera caussa non est; hæc vere et re ipsa caussa dicitur. Mandatum domini de pecuniis exigendis interveniens in proposito caussa est, quæ nisi subesse putaretur, pecunia a Sticho exacta non esset; sed non ea, propter quam pecunia exigi potuerit: eoque non vere et proprie caussa. Argumento est, quod et sine mandato pecunia possit exigi, et quamvis mandatum intervenisset, nihil id tamen prodesset ad exigendum, si pecunia prius ex obligatione non deberetur. Illa sola caussa est, propter quam dicatur pecunia exigi, et solvi, si fuerit debita, seu si subsit ejus debendæ aliqua obligatio. Hæc eadem sola exigendi et solvendi caussa vere intelligitur: hac enim posita fit, ut pecunia peti possit: et sola est, propter quam debitores solvant, nunquam alias quod non debeant soluturi. Quocirca cum de caussa exigendi et solvendi quæritur, solum hanc obligationem, non mandatum præcedens caussam nominare debemus. Ita in summa, mandati ejus, quod subesse adhuc putabatur, opinio non facit, quominus pecuniæ a Sticho vere hic exactæ sint ex re hereditaria: vel quia, sublata caussa mandati, subsit nihilominus hereditaria obligatio, ex qua etiam ipsa pecuniæ solvuntur; vel, quod est verius, quia hoc mandatum, etsi etiam nunc esset integrum: non tamen caussa est, ex qua dici debeat pecunia exigi aut solvi, sed sola obligatio, propter quam et pecunia exacta ac soluta est. Quod si ex hac caussa solutas sibi pecunias Stichus hereditati non acquirit, quia mandatum, quo movebatur ad exigendum, finitum est: quomodo idem si pecuniam hereditariam a se mutuo datam sibi reddi stipuletur, eam obligationem hereditati acquiret? Nam et in hac re stipulandi caussa illi fuit opinio mandati, quod adhuc manere existimabat, sine quo pecunias non credidisset, sciens se eas jure credere non posse: atque his non creditis, non addidisset stipulationem, quæ esset inutilis. Et tamen hoc casu stipulando obligationem hereditati acquirit, ut infra sequitur, in *vers. quod si sibi.* Ex quo apparet in hac acquisitione solum rem, propter quam acquiritur aliquid a Sticho, non autem mandatum, sine eujus opinione ad acquisitionem ventum non esset, spectari oportere.

Sed hæc dissimilia sunt, inquit Alciatus, Stichum stipulari pecuniam hereditariam sibi reddi, et pecuniam hereditati debitam exigere. Stipulando acquirit hereditati obligationem, quia id agit ut acquirat. At non item id agit, ut acquirat pecunias exigendo: quæ res facit, ut non acquirat. *L. non omnis, supr. eod.* In quo ego judicium docti viri valde requiro. Quid enim apertius, quam Stichum dum se adhuc servum esse, et se suo officio fungi, ac domino inservire putat, hoc animo esse, ut domino acquirat, ut faceret si dominus adhuc viveret? Et tamen ne videatur sine ratione rem aperte falsam dicere, argumento ad eam rem utitur. Non credit Stichus, inquit, se pecuniam accipere, et debitores liberari, nisi ex caussa mandati: hoc autem mandatum jam nullum est, utpote morte domini exstinctum. Non vult igitur, seu non id agit, ut liberentur. Ex quo rursum effici vult, Stichum debitores non liberare, ac proinde ex ea caussa pecuniam hereditati non acquirere. Ex quibus prius de voluntate Stichi ridi-

culum est. Non enim ideo non vult Stichus liberari debitores, quia credit mandatum subesse, quod nullum est; sed contra ideo vult eos liberari, quia mandatum, idest, caussam cur liberentur, subesse existimat. *L. quod meo*, §. *si furioso, infr. de acq. pos.* Posterius de liberatione neque recte colligitur ex prioribus, et per se evidenter falsum est. Non si Stichus non id agit, ut debitores liberentur; non si mandatum solvendi hic nullum est, ideo efficitur debitores ignorantes solvendo non liberari. His enim omnibus remotis, liberari possunt propter justam et probabilem ignorantiam, quæ illis nocere non debet. §. *recte*, *Inst. mand.* Et vero simpliciter liberari eos, dum Sticho solvunt, diserte hic scriptum est. Itaque sic argumentum in eum converti debet. Credit Stichus se ex caussa mandati accipere, et debitores ex ea caussa liberari: ergo eos liberari vult, quia caussam, cur velit, subesse putat. Vult eos liberari: ergo ipso auctore Alciato liberabuntur: et quia liberantur, etiam pecuniam exactam acquiret, quia ab eo id agitur, ut utrumque eveniat. Sed nihil opus est verbis. Plus quam manifestum est Stichum ut stipulando, ita pecunias exigendo voluisse rem gerere domini sui, quem adhuc vivere putabat. Idcirco hereditati dominæ ut stipulationem, ita et pecunias exactas acquiret. Quia utrumque ex re hereditaria: stipulatio quidem ex pecunia hereditaria mutuo data; pecuniæ autem exactæ ex hereditaria obligatione. Sunt ergo hæ pecuniæ hereditariæ, quæ acquiruntur hereditati. Si hereditariæ: fit, quod supra dixi, ut jam non tantum superiori sententiæ Juliani quæ est in *d. L. Mævius*, §. 1. *supr. fam.* erc. consequens sit; sed etiam natura judicii familiæ erciscundæ hoc exigat, ut hæ pecuniæ si exstent, in id judicium veniant. Atque hoc, si ante aditam hereditatem exactæ sint: quo tempore per servos hereditarios hereditati ut dominæ acquiritur. *L. hereditas, infr. de acq. rer. dom.* Post aditam autem hereditatem si eas Stichus exigat, etiam coheredibus suis eas acquiret, si et hi de voluntate defuncti non cognorint, ut sequitur in *vers. post aditam, et seq.* quo casu fient quoque pecuniæ hereditariæ, ut quæ ad heredes pervenerint ex caussa hereditaria. arg. in *L. veniunt, in fin. supr. fam. erc.* Sed cur hos acquirendi modos anxie conquirimus, ut doceamus eas pecuniæ hereditati, vel heredibus aliis per Stichum quæsitæ fuerint, hoc modo futurum, ut sint hereditariæ? Ego puto, etsi hæ neque hereditati quæsitæ sint, quia exactæ sint, hereditate jam adita: neque quæsitæ coheredibus, quia hi jam Stichum liberum et heredem esse cognovissent: tamen hoc ipso esse hereditarias, et venire in judicium familiæ erciscundæ, quod Sticho qui vere heres erat, traditæ sint ex obligatione hereditaria. Sic enim traditur in *d. L. veniunt, fam. erc.* venire in hoc judicium eas res, quæ uni alicui ex heredibus traditæ sunt, exempli gratia ex obligatione empti, cum eas defunctus emisset. Nec exigitur ut heredi tanquam heredi traditæ sint. Satis est, si heres ex obligatione hereditaria reperiatur possidere: eum non hic teneatur propter factum suum, sed propter rem quæ est hereditaria. Quæ cum ita sint, neget autem hoc loco Africanus de his pecuniis familiæ erciscundæ actionem competere coheredibus: quid restat, nisi ut non modo hunc locum *d. L. Mævius*, §. 1. contrarium, sed etiam sententiam Africani, quæ hoc loco est, falsam, et regulis juris, quæ sunt de hoc judicio, refragari statuamus? Et hoc restat omnino, si de pecunia exstante Africanum loqui intelligimus. Neque enim multum profecerimus ad ista concilianda, si cum Alciato dixerimus in *d. L. Mævium*. §. 1. agi de rationibus a Sticho reddendis, quæ res indivisa est, non de pecunia ab illo exacta. Nam et de pecunia ipsa quæ hereditaria sit, effectum est eam non minus in hoc judicium venire: quod tamen Africanus negare videtur. Quanquam in *d. L. Mævius*, non de rationibus reddendis, sed de pecuniis aut aliis rebus a servo exactis agitur. Etsi enim illic mentio fit rationum: non tamen ab eo exigitur, ut rationes reddat, sed nominatim ut præstet res, quas ex illis rationibus retinet. Ita est uterque locus de rebus exactis, non de reddendis rationibus.

Quid ergo relinquitur ad istorum conciliationem, vel potius ad sententiam Africani hoc loco defendendam? † Unum hoc, 6 quod Bartolus conditionem harum pecuniarum, et quid natura actionis familiæ erciscundæ postulet, probe intelligens, hoc loco ad dissolutionem posuit: ut dicamus in *L. Mævius*, §. 1. *fam. ercis.* agi de pecuniis et rebus hereditariis, quæ apud manumissum eundemque heredem exstent; hic autem de pecuniis, quæ et ipsæ hereditariæ quidem sint, sed sint ab illo consumptæ. Dixi hoc relinqui unum: quia si hoc non est, aliud non relinquitur. Si enim pecunia a Sticho exacta hereditaria est, et dum apud Stichum exstabit, de ea adversus illum familiæ erciscundæ judicium competit; ne-

cesse est, si quando illa hoc judicio peti non potest, id tum fieri, cum pecunia erit consumpta. Sed fieri potest, ut ne hoc quidem, quod de consumpta pecunia dicimus, verum sit, aut huic loco conveniat: ut nec isto modo difficultas explicetur. Et vero huic sententiæ reclamatur a plerisque, quorum ab aliis ut falsa, ab omnibus pariter ut commentitia, et prudentiæ Africani non conveniens repudiatur: nam de pecunia consumpta nihil hic aperte exprimitur. Bartolus ipse cum dixit hic pecuniam esse consumptam, dixit forte ita esse, et quamvis testetur eam sententiam sibi magis placere: tamen tantum dicit sibi magis tollerabilem videri, ut ejus diffidentiam in eo liceat agnoscere. Ego autem, et natura actionis familiæ erciscundæ, et verbis ipsis non ita obscuris horum locorum, atque etiam sententia prope cogentibus, audeo confirmare, ut sine hac distinctione nc defendi quidem sententia Africani hoc loco potest, nedum cum Juliano conciliari: ita ea distinctione nihil esse verius, aut utriusque loci verbis et menti auctorum convenientius. Ac ne prius quæratur frustra, an per se vera sit, si verbis non conveniat: verba primum breviter consideremus. Julianus in *L. Mævius*, §. 1. *supr. fam. ercis.* scribit, familiæ erciscundæ judicio præstari coheredibus, quod manumissus idemque heres ex rationibus, quas patrifamilias gessit, *penes se retinet*. Retinendi verbo utitur. Non retinet, nisi qui tenet simpliciter: cum semper insit simplex in composito: *L. verbum reddendi, infr. de ver. sig.* cumque tenere sit corpore tenere, quod verbum ipsum indicat: *L. possessio*, §. 1. *supr. de acq. poss.* non tenet, retinetve quisquam, nisi rem corporalem apud se exstantem. De rebus igitur apud manumissum exstantibus aperte eo loco agitur. Idque multo certius confirmatur, cum addit Julianus *penes se*: ut dicat, quod penes se manumissus retinet: cum penes aliquem esse, amplius sit, quam esse apud aliquem. *L. penes, infr. de ver. sig.* Nunc Africani verba expendantur; *Earum autem*, inquit *summarum nomine, quæ ad Stichum pervenissent, familiæ erciscundæ actionem non competere coheredibus.* Ut in superiore Juliani sententia verbo retinendi de rebus exstantibus: sic in hac Africani his verbis, *quæ ad Stichum pervenissent*, de pecuniis consumptis aperte comprehensum intelligitur, etiam si nihil adjecerit amplius: tunc enim intelliguntur ad Stichum pervenisse, cum sunt consumptæ, non ante. Hoc quidem de pecuniis alienis, quarum dominium in accipientem translatum non est, diserte scribit Julianus in *L. non omnis*, §. 1. *supr. eod.* Si hæ mutuo datæ sunt: quandiu exstant, condici, inquit, tanquam mutuæ non possunt: quia tum intelliguntur ad eum, qui accepit, pervenisse. Tales sunt autem pecuniæ, quas Stichus statuis sui ignarus exegit a debitoribus. Hæ cum acquirantur hereditati, cui Stichus bona fide servit, aut acquirantur ejus coheredibus, ut supra demonstravimus: quandiu exstabunt, earum dominus esse non potest: proinde juxta Juliani sententiam nec videri possunt ad eum pervenisse. Merito: quia id pervenisse dicitur, quod auferri non potest. *L. aliud est capere, infr. de verb. sig.* possunt autem hæ pecuniæ exstantes Sticho avocari a coheredibus aut vindicatione, aut judicio familiæ erciscundæ, quod et ex parte in rem est, §. *quædam, Inst. de act.* Quando ergo ad eum pervenisse intelligentur? ex eadem sententia tunc, cum fuerint consumptæ. Recte hoc quoque: sic enim fit, ut plane videantur factæ Stichi, quæ ei nulla jam actiona avocari possint. Non vindicatione: ut qui nec possideat, nec dolo modo desierit possidere, cum ut institor domini eas consumpserit. Non actione familiæ erciscundæ: quia hæc de his quæ non sunt, non competit, ut postea dicemus. Cum dico eas pecunias consumptas Sticho jam amplius avocari non posse: de iisdem corporibus loquor, non de aliis: nam tantundem ex eo genere peti potest negotiorum gestorum actione. Sed ea res non facit, quominus ipsa corpora exacta recte pervenisse dicantur, cum ipsa non possint auferri. Nam et in alienis pecuniis mutuo datis Julianus ait, eas consumptas videri pervenisse ad eum, qui accepit: cum tamen aliæ condici possint; at non possunt repeti eædem, quæ datæ sunt. Unde etiam eas ad accipientem pervenisse dicit. De consumptis igitur pecuniis sine dubio loquitur Africanus, qui de his, quæ ad Stichum pervenerunt, loquitur. At enim de consumptis tantum pecuniis locum interpretari, alienum videatur fortasse a prudentia Africani. Quinimo, inquit Alciatus, hoc Africanum imperitiæ arguit, qui hoc casu non distinxerit, ut infra in stipulatione fecit, ubi res distinctionem postulabat. Ideo ille ut a mente Africani abhorrens rejiciendum putat. Sed cum de verbis quæritur, satis est ostendere id Africanum verbis expressisse, quod dicimus: ut intelligatur nihil hic nos comminisci, et illi affingere, aut verba ejus violare; etsi cor ita scripserit, rationem reddere non possemus. Verumtamen ne quis

certam interpretationem, et quam verba exprimunt, ideo repudiat, quia sententiam ratione carere putet: sciat Africanum de exactis pecuniis exstantibus consulto non respondisse justis his de caussis, et quia supervacuum putavit, et quia alienum. Supervacuum: quia pecunias exactas, si exstent, hereditarias esse constat: sive quod hereditati quæsitæ sint; sive quod Sticho heredi datæ ex obligatione hereditaria, ex qua etiam nunc cum petuntur, ab illo possidentur. *L. veniunt, supr. fam. erc.* Jus certum est de hereditariis pecuniis, quæ a Sticho possidentur, posse coheredes cum eo agere, ut vel eas vindicent suas, vel de his dividendis experiantur judicio familiæ erciscundæ: ut non fuerit necesse de jure aperto eum respondere. Supervacuum etiam ideo de exstantibus exprimere: quia ex eo quod de consumptis negat competere actionem familiæ erciscundæ, satis ex contrario intelligi potest eam competere de exstantibus: ut diligentiore expressione opus non fuerit, præsertim in re aperta. Sed cur de exstantibus non responderit, certa hæc et expedita ratio est: quia de his respondere, erat a proposito alienum. Quærit enim Africanus, an teneatur Stichus de pecuniis exactis; non tamen, an teneatur quovis modo, sed an teneatur ob factum suum: idest, an ob id, quod eas exegit. Proposuerat namque hoc modo: *Stichus status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit, aut credidit. Consulebatur, quid de his juris esset.* De his, idest, de exactione et credito: et quæsitum, quam vim, quamque efficientiam ista haberent: ac circa pecunias exactas, quam vim haberet, quod pecunias exegit, cum ad debitores liberandos, tum ad ipsum qui exegit, eo nomine obligandum. Quærit ergo, ut dixi, Africanus, quatenus Stichus de pecuniis exactis teneatur ob id factum: idest, ob id, quod eas exegisset. Exstantes pecuniæ ad hanc quæstionem non pertinent. Peti enim illæ de Sticho possunt: verum non ideo, quia exegit, sed quia possidet. Nam etsi non exegisset, et reperiretur possidere: aut vindicari a coheredibus possent, aut hoc ipso quod essent hereditariæ, et essent apud heredem venirent in judicium familiæ erciscundæ. Non sic pecuniæ exactæ et consumptæ bona fide. De his Stichus quasi possessor conveniri non potest: cum neque eas possideat, nec dolo desierit possidere: ideoque nec vindicari ab eo possunt *L. quæ petitorio, supr. de rei vind.* nec in judicium familiæ erciscundæ deduci, ut dividantur: quomodo enim dividerentur, quæ non exstant? Si de his coheredes cum Sticho agere possunt, non aliter possunt, quam si teneatur his ob id, quod eas exegisset. Quapropter hæ sunt solæ, de quibus proprie quæratur, an de his teneatur Stichus, quia exegit. Idcirco Africanus quæstioni et instituto serviens, de his solum respondet: ostendens ita Stichum de his teneri, ut tamen non teneatur judicio familiæ erciscundæ, ut fieret, si pecuniæ adhuc exstarent: verumtamen teneatur negotiorum gestorum.

Docui, cum dicimus Africanum hoc loco de consumptis pecuniis respondere, non de exstantibus, sententiam non solum verbis expressam esse, sed etiam instituto et menti Africani, eoque et prudentiæ ejus præcipue convenire. Nunc doceo per se verissimam esse hanc distinctionem: pecunias a Sticho in proposito exactas, si exstent, in judicium familiæ erciscundæ venire justa sententiam; *L. Mævius, §. 1. supr. fam. ercisc.* si consumptæ sint, non venire ex sententia hujus loci. Quod etsi ex superioribus facile intelligi potest: tamen ne hic laboretur, paucis attingam. Exstantes apud Stichum pecunias, quæ ab illo exactæ sunt, esse in proposito hereditarias, abunde supra demonstratum est. Hinc efficitur certo jure has in hoc judicium venire: quia in hoc judicium veniant res omnes hereditariæ. *L. 4. L. 1. supr. fam. erc.* Quod si qui putant, etiam si pecunia a Sticho exacta apud eum exstet, non tamen hic futuram esse familiæ erciscundæ actionem, ut quidam hic scripserunt: necesse est eo fieri, aut quia putent ceteras res hereditarias venire in judicium familiæ erciscundæ, non etiam pecuniam numeratam: aut quia non putent, eam quæ hic a Sticho exacta est esse hereditariam. Quorum utrumque longe aliter se habet. Nam venire in hoc judicium res omnes hereditarias et in his etiam pecuniam numeratam, quæ in hereditate exstat, aperte declaratur. *L. 4. fam. ercisc.* cum ibi omnes res in hoc judicium ita venire dicuntur, ut sola nomina excipiantur, idest, actiones hereditariæ: nam corpora nummorum jam exactorum, nec sunt actiones, nec debentur. Esse autem hereditarias eas pecunias, quæ Sticho datæ sunt ex obligatione hereditaria, et probatur *L. veniunt, supr. fam. ercisc.* et supra ita ostendi, ut his quæ scripsi cognitis, non putem de eo dubitari posse. Quod ad eas pecunias attinet, quæ a Sticho exactæ postea bona fide ab illo consumptæ sunt, convenit inter omnes has non venire in judicium familiæ erciscundæ: quod respondere hoc loco Africanum dicimus. Sed fortasse cur

minus veniant, quam exstantes, non intelligitur ab omnibus: id autem sic efficitur. Non potest de his agi familiæ erciscundæ, nisi aut quia corpora ipsa hereditaria vocentur ad divisionem inter heredes: aut quia Stichus heres de his ob factum aliquod suum conveniatur ad præstationem earum personalem: quibus ex rebus hoc judicium constat, et quæ eædem ei judicio locum faciunt. *L.* 1. *L. item Labeo*, §. *pen. supr. fam. ercisc.* Non sunt pecuniæ hereditariæ, quæ esse desierunt, aut certe amplius non apparent: multoque minus hæ inter heredes dividi possunt. Factum Stichi in pecunia exigenda intervenit illud quidem; sed, ut ille exegit in hac causa, non est id factum, cujus nomine adversus eum familiæ erciscundæ actio competat. Tunc de eo, quod quis in hereditate gessit, familiæ erciscundæ judicio locus est, non solum cum heres gessit, ut hic accidit, sed etiam cum gessit quasi heres. *L. et puto*, §. *sed etsi dolo*, *L. qui erat*, §. *pen. supr. fam. erc.* Hoc vero hic factum non esse constat: ut mirum non sit, si pecuniis a Sticho status sui ignaro exactis, de exstantibus adversus eum competat familiæ erciscundæ actio, de consum. ptis non competat. Quæ si et in re, et in re, et in verbis ita se habent; vera sunt, quæ de superiore interpretatione et distinctione posuimus: nimirum ut sine ea non potest sententia Africani, quæ hoc loco est, aut conciliari cum *L. Mævius*, §. 1. *fam. erc.* aut etiam ipsa per se defendi: ita ne quis eam ad conciliationem et defensionem hujus loci repudiet, nihil esse illa aut per se verius, aut verbis et menti Africani, atque etiam utriusque loci convenientius. Cujus distinctionis et explicationis hæc est summa: Pecuniis in proposito a Sticho exactis, cum quæritur quo judicio ille heres factus de his teneatur coheredibus, ita jus esse et sententiam horum locorum. Si quidem enim eas post mortem domini exstantes penes se retinet: de his competere coheredibus adversus eam familiæ erciscundæ actionem, sive vivo domino exegerit, sive mortuo: quia quocunque tempore exactæ sint, si post mortem domini apud Stichum exstant, sunt hereditariæ. Id et regulis juris certis, quæ sunt de hac actione, effici, et consequens esse Juliani sententiæ in *d. L. Mævius*, §. 1. Quod si pecuniæ, quas Stichus quandoque hereditarias apud se habuit, ab illo bona fide sint consumptæ: jus efficere, ut, quia nec sunt hereditariæ, et nullum in his exigendis factum heredis, ut heredis intervenit, ideo de his non possit Stichus teneri actione familiæ erciscundæ: sed teneatur negotiorum gestorum: ac de his quæ ita consumptæ sunt, Africanum hoc loco scribere.

SED NEGOTIORUM GESTORUM ACTIONEM DARI DEBERE.) Ut de familiæ erciscundæ actione dubitatum est, num hæc potius in proposito danda sit, quam tamen Africanus dandam negat: ita e converso et de actione negotiorum gestorum, num potius dici debuerit huic in specie proposita locum non esse. † Quæritur enim; 7
quomodo videatur Stichus in pecuniis exigendis negotium coheredum gessisse, qui hac mente fuerit, ut domini negotium gereret. In quo ut in re perplexa vulgo hæsitatur ab interpretibus: neque id aliter expediunt, quam ut dicant petitione coheredum, idest, ratihabitione negotium eorum fieri. Cui sententiæ cum occurritur, quæriturque; quomodo coheredes ratum habere possint, quod ipsorum nomine gestum non est; repugnante *L. si pupilli*, §. *sed si ego*, *supr. de neg. gest.* respondent quod defuncti nomine gestum sit, id heredes ratum habere posse. Quod falsum est. Nam dominus ipse si viveret, ratum habere non posset, ut acquireret negotiorum gestorum actionem: quia negotium ejus fuisset revera et sine ratihabitione, et quia adversus servum nulla illi esse posset actio. §. *si autem*, *Inst. de ob. quæ ex del.* Nec possunt heredes ratum habere, aut acquirere ex persona defuncti, quod defunctus non potuit: cum ex regulis juris eodem jure uti debeant, cum ejusdem juris sint et potestatis, cujus fuit defunctus. *L. qui in jus*, *L. heredem*, *infr. de reg. jur.* Nec ad rem pertinet *L. si sine*, §. *cum autem*, *vers. Julianus*, *infr. rem rat.* Illic procuratori mortui legatarii legata soluta sunt ab herede, cui procurator cavit, dominum rem ratam habiturum; et dominum intelligebat legatarium ipsum, qui mortuus erat. Placet heredes legatarii eam solutionem ratam habere posse: ne amplius heres eo nomine ab illis conveniri possit. Sed hoc tunc fit, cum heres a quo iterum legata petuntur, quæ legata prius nomine domini ejusdemque legatarii solverat, vult ea soluta esse heredum nomine, eaque ad illos a procuratore transire. Quod cum heredes ratum habent, dicendi sunt ratum habere, quod suo nomine gestum sit, non quod alieno. Sed cur hic laboratur in re aperta, curque ratihabitionem requirimus, ubi ratihabitione non est opus? Negotium hic heredum jam a principio gestum est re vera, ut ineptum sit quærere aliam ejus gesti comprobationem: sitque etiam ineptior quæ-

stio, utrum hic directa sit actio negotiorum gestorum, an subsidiaria. Exegit enim Stichus, quod heredibus debebatur, et exegit cum effectu: debitores enim sunt liberati. Hujus liberationis incommodum solos heredes attingit; nam ab his debitores liberantur. Id declarat in ea exactione negotium fuisse coheredum: si quidem in negotium cujusque est, cujus gesti commodum vel incommodum ad aliquem pertinet. *L. 1. §. in propria, infr. quan. ap. sit.* Hinc igitur coheredibus negotiorum gestorum actio. At non fuit Stichus hoc animo, ut illorum negotium gereret. Sed cum negotium alicujus est re vera, gerentis falsa opinio de re nihil mutat; nec eo minus ei cujus negotium est, negotiorum gestorum actio competit. Recte autem Africanus actionem negotiorum gestorum hic dando, alteram illam familiæ erciscundæ denegat. Cum enim hæc sit ex administratione heredis necessaria, tunc enim ob factum ejus competit; illa autem ex administratione voluntaria, id est utraque ex diversis et contrariis caussis: nunquam ambæ concurrere possunt in eandem caussam. *L. heredes, §. non tantum, supr. fam. erc.* Nam quod in *L. 3. C. de neg. gest.* ei heredi qui pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus est, dicitur eandem actionem (eadem autem illic intelligitur, quæ ait eadem cum actione negotiorum gestorum: nam hæc prius appellata erat) eandem, inquam, actionem, aut familiæ erciscundæ judicium dari: apparet quidem ex verbis diversis in caussis has actiones non dari, sed utramque in una hac caussa solutionis necessariæ, cum heres pignoris liberandi gratia debitum universum solvit. Sed eandem actionem cum Accursio et Bartolo illic accipere debemus, non specie eandem, ut intelligatur actio negotiorum gestorum; sed eandem genere, nempe singularem, non universalem, aliam tamen: ut intelligatur actio communi dividundo, quæ, ut negotiorum gestorum de rebus singulis competit, non, ut familiæ erciscundæ de universitate, idest, de hereditate, et administratione rerum hereditariarum.

QUAS VERO PECUNIAS) Ordine respondet de pecuniis a Sticho creditis. Qua parte hoc tractat in summa, an hujus crediti nomine facto Stichi ulla acquiratur actio: neque hoc in universum; sed an acquiratur Stichi coheredibus. Nam an ulla acquiratur Sticho pro sua parte nihil dicit: quod illa indicant. Etenim de vi mutui loquens ita concludit; *quare si nulla stipulatio intervenisset, neque ut creditam pecuniam pro parte coheredis peti posse, neque pignora teneri.* Deinde agens de stipulatione, si quam Stichus interposuerit, ait eam, si utilis sit, acquiri hereditati ex re hereditaria, vel post aditam hereditatem coheredibus ex re ipsorum; hæ autem solum partes intelliguntur esse hereditariæ aut coheredum, quæ non sunt Stichi. Nam quæ Sticho jure hereditario quæsitæ sunt, hæ nec coheredum esse possunt, et acquisitione hereditatis desierunt esse hereditariæ. Sane de alienatione partis Stichi nonnihil attingint; sed ita, ut attigisse sufficiat, non autem ut ad quæstionem pertinens longius persequatur; sed de acquisitione tractans in una coheredum persona consistat, quæratque, quid his ejus crediti nomine acquiratur. Quod eo factum existimari potest, quod si qua actio facto Stichi quæsita sit, jus certum esset eam ut ex re ipsius quæsitam illi libero jam facto acquiri, tametsi se servum putet. *L. acquiruntur, §. idem, placet, infr. de acq. rer. dom. L. si liber, infr. de stip. ser.* Quæ ratio acquisitionis non item expedita est, cum quæritur, an etiam Stichus acquirat hereditati, aut heredibus, a quibus bona fide non possidetur. Quoniam autem si hinc acquiritur actio, necesse est eam aut ex mutuo ipso seu ipsa numeratione acquiri, aut acquiri ex stipulatione, si forte Stichus pecuniam sibi reddi stipulatus sit: ideo ad eam quæstionem explicandam, quam sibi proposuit, has ipsas partes ordine executus est, ut eum de his dixisset, sciri posset nihil eum omisisse, quod ad quæstionem illi propositam pertineret. In quibus persequendis hoc servavit, prius ut de mutuo et numeratione, deinde de stipulatione diceret. De mutuo ita proponit; QUAS VERO PECUNIAS IPSE CREDIDISSET, EAS NON MAJORE EX PARTE, QUAM EX QUA IPSE HERES SIT ALIENATAS ESSE. Quæ propositio ut intelligatur, partes distincte ejus explicandæ sunt. Non enim dubium est, quin his verbis Africanus et de parte Stichi dicat, et de parte coheredum; pro illa parte pecunias alienas esse; pro hac non esse alienatas. De quo etsi video prope inter omnes convenire; tamen ne quis propter difficultatem ejus quod de parte Stichi dicitur, de eo dubitet, paucis demonstrandum est. Aut ergo hic oratio affirmativa est, quæ desinat in negationem hoc modo; pecunias esse alienatas, ex parte quidem, sed non majore quam ex qua ipse sit heres: quo modo accipi melius est. Apparet enim hic negationem non ad partem referri, sed ad quantitatem par-

lis, atque hoc dici, pecunias esse alienatas ex parte non majore. Aut si quis mavult hic orationem negativam esse: sic negativa erit, ut desinat in affirmationem, ac contrario ductu eodem redeat, hoc modo: pecunias non esse alienatas ex parte quæ sit major, quam ex qua ipse sit heres; cæterum ex hac saltem esse alienatas. Hæc enim oratio, ex parte quæ major sit, discretionis caussa adjecta est, quo ex pluribus partibus designaretur ac velut exciperetur certa, quam placeret non alienari. Qui de parte Stichi, et de parte majorem exprimit, et ex his solum majorem excipit, quam alienatam neget, aperte alteram quæ est Stichi, relinquit, quam velit esse alienatam; alioqui dici debuit, non pecunias ex majore parte non esse alienatas, sed nulla ex parte esse alienatas. Ne res testimoniis egeat, eadem plane oratio est Pauli in *L. 2. in fi. infr.* de præt. stip. *Sed si lite contestata*, inquit, *possessor decesserit: unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, quam ex qua heres est*: ubi constat hoc dici ex ea saltem parte eum damnandum. Nec dissimilis locutio est illa in *L. 1. C. ne fil. pro patr.* cum dicitur, patrem ex filii persona non amplius quam de peculio actionem sustinere cogi; ubi, ut negatur eum cogi amplius sustinere: ita minime dubium est, quin hoc significetur, saltem de peculio cogi patrem excipere actionem. Item in *L. si duo, infr. dep. illud: nec enim amplius actoris interest*, valet: hactenus actoris interest, sed non amplius; quæ locutio passim occurret ut et in *L. qui duo, infr. de ser. rust. præd.* Quapropter non dubitabimus, quin superiore oratione non minus dicat pro parte Stichi pecunias alienatas esse, quam illud certum est, cum negare pro majore parte, idest, pro parte coheredum esse alienatas. Proinde et de utraque sententia quod necesse sit, dicendum est. Utramque quidem ita hic complectitur Africanus, ut tamen eam, quæ est de parte coheredum, solum tractet. Nam et hujus solius probationem subjecit; et colligens ex propositione, quod volebat, in conclusione nihil amplius posuit, quam quod pertinebat ad partem coheredum, pro hac nimirum parte pecunias non esse creditas: ut appareat eum, quod dixerat, pecunias pro parte Stichi alienatas esse, aut tanquam ad rem non pertinens omisisse, aut sententiam eam pro explorata posuisse. Sed ut maxime ad rem pertinet de alienatione partis Stichi in proposito intelligi: ita si qua sententia ex superioribus duabus falsa
8 videri potuit, hæc est maxime, † qua vult pecunias pro parte Stichi esse alienatas. Quo magis in hanc inquirendum est. Ut autem Africanus primam posuit pro confessa: ita et de ea priore loco transigemus. Videamus ergo, num verum sit pecunias pro parte Stichi esse alienatas. Quod omnes jam a principio ex quo pecuniæ creditæ sunt, ita esse accipiunt. A quibus longe dissentio; atque ita statuo; dum Stichus status sui ignarus pecunias credit, quandiu in eo errore versabitur, pecunias pro ejus parte alienari non posse. Duæ res ad dominium alicujus rei transferendum, in eo qui transfert, necessariæ sunt; transferendi facultas; et voluntas; idest, ut dominus sit, qui tradit et velit rem alium transferre. Qui dominus non est, si utique dominium quod non habet, in alium non transtulerit. *L. traditio, infr. de acq. rer. dom.* Sed nihil agit transferendi facultas; nisi dominus rem suam tradendo hoc animo sit, ut transferat. *L. in omnibus rebus, infr. de obl. et act.* Stichum quidem in proposito pecuniæ hereditariæ pro portione hereditaria statim a morte defuncti dominum factum esse convenit. Is enim ut heres necessarius, etiam ignorans statim ipso jure exstitit dominus heres; *L. ex parte, infr. de acq. her.* qua de caussa et in rerum omnium hereditariarum dominium, et cætera jura pro parte hereditaria successit. *L. heres in omne, infr. de acq. her. L. cum heredes, infr. de acq. poss.* Itaque et ejus partis sine dubio alienationem habuit. Hæc enim potestas est omnium dominorum, nisi, si quibus nominatim est, interdicta. *§. per traditionem; Inst. de rer. divis.* Sed non est hoc satis. Postquam ad transferendum animo et affectu opus est; nisi Stichus pecunias suas credendo transferre voluit, omnino non transtulit. At noluisse eum transferre error ejus et juris sui ignorantia evidenter demonstrat. Nemo enim errans, in eo in quo errat, consentire intelligitur. *L. si per errorem, supr. de jurisd. L. 2. supr. de jud.* Ex quo efficitur, ut qui pecunias alienas putans pro alienis tradidit, cum ejus essent; eas non transtulerit, idest, non alienarit. Ne autem admodum necesse sit id ratiocinando efficere; consentiens veterum sententia est de hac ipsa specie de qua agitur, multis locis nominatim tradita. Si quis rem suam quam putet esse alterius, ejus nomine tradat, cujus eam esse putat, rem non alienari, nec fieri accipientis; et in totum neminem in dominio rei suæ errantem rei suæ dominium amittere. *L. 3. §. subtilius. infr. de cond. cau. dat. L. etsi consensum in fi. infr. de contr. em. L. si*

procurator meus, infr. de acq. rer. dom. Et hoc concedunt omnes, si quis rem suam transferre noluit, hunc non transferre. Sed tentat efficere Stichum in hac specie esse hoc animo, ut eredendo voluerit transferre; quia scilicet defuncti sit heres, et sit hoc animo, ut velit transferre nomine defuncti; atque ita argomentantur; Vult Stichus pecuniam transferre, quæ domini est, idque nomine ipsius domini. Ipse Stichus ejus pecuniæ pro parte dominus est, quia est pro parte heres. Vult igitur hactenus suam transferre, et suo nomine; proinde etiam transferet. In quo propositio istorum animadvertenda est. Aut enim hoc dicunt, Stichum pecuniam domini nomine domini transferre velle quisquis ille sit dominus; sive is a quo Calendario præpositus fuerat, sive eo mortuo, heres ejus qualiscunque; aut velle transferre pecuniam domini ejus, cujus in potestate prius fuerat, et quem etiam tunc vivere putabat. Si hoc sentiunt, Stichum velle transferre pecuniam nomine domini, quicunque sit ejus pecuniæ dominus; sane hoc concesso recte colligant etiam eum pro parte sua velle alienare, quia ipse partis sit dominus; sed ne ex eo aliquid exstruant, id dicunt, quod aperte falsum est. Nam quomodo Stichus cujuslibet, nomine qui pecuniæ dominus esset, pecuniam crederet: qui ejus unicum dominum et eum certum esse putabat, nempe eundem quem et vivere, et suum dominum esse existimabat, et cujus solius nomine fœnerabatur? Quod si hoc tantum intelligunt, Stichum velle pecuniam transferre, quæ domini sui esset, idque ejus nomine: et tamen ex eo colligunt, velle etiam eum transferre pecuniam heredum, quia heres personam defuncti repræsentet: proinde et velle suam, quia ipse sit in numero heredum: nescio an quidquam dici possit his collectionibus vitiosius aut ineptius. Non si voluit transferre rem domini sui, et ejus nomine, ideo voluit eam transferre nomine heredum, quo casu eorum facta esset. Imo contra ideo noluit transferre heredum nomine, quia domini, quem vivere credebat, nomine transferre voluit. Qui de vivente cogitat, quatenus id facit, de ejus heredibus non cogitat, quoniam viventis ut non est hereditas, *L. 1. de her. vel act. vend.* sic nulli heredes. Ac quominus de voluntate Stichi erga heredes in hac re dubitetur: in promptu est videre, cur qui domini sui nomine pecuniam credere et alienare voluit, noluerit eam credere aut alienare nomine heredum ejus. Cur enim voluit in proposito Stichus pecunias alienare, et alienando credere? quia mandatum illi erat, ut faceret, et quia ad eam rem non officio tantum muneris sui, sed etiam necessitate parendi se teneri existimabat: jusserat enim dominus, cui servus parere necesse habebat. Utrumque cessat mortuo domino, præsertim si servus sit heres institutus. Primum, mandatum morte domini finitum est. §. *recte, Inst. mand.* Qui vivente eo, pecuniam credere vult propter mandatum: dicendum est eum mortuo domino, et finito mandato nolle transferre: quia causa cessat, propter quam voluit, arg. in *L. quod dictum, supr. de pact.* Ut autem nihil aliud sit, tamen mortuo domino et Sticho sui juris facto, atque adeo herede instituto, nulla amplius necessitas est, quæ eum cogat pecunias credere. Quare et hac necessitate sublata, eodem argumento probandum est eum non videri velle credere, qui id faciebat propter necessitatis opinionem. Quod tamen ne anxie superiore argumento defendamus. Labeonis sententia de hac re certa est in *L. liber, in fin. infr. de acq. rer. dom.* eum qui bona fide serviat, si jussu ejus cui servit, quasi ex necessitate quid faciat, id eum nolle et in id consentire non videri. Vitiose ergo, ut dixi, colligitur; quia Stichus nomine domini sui pecuniam, quam ejus esse putabat, alienare voluit: ideo et heredum ejus nomine alienare voluisse. Illud non minus vitiose, quod sequitur. Concedamus enim Stichum hoc animo esse, ut pecuniam heredis transferat, et nomine heredis. Non ideo tamen consequens est, eum velle transferre suo nomine, quamvis sit heres. Imo ideo suo nomine ut heredis non vult id facere, quia se in numero heredum esse ignorat. Non enim consentiunt, qui errant. *d. L. si per errorem, supr. de jur. et facti ignor.* Et omnino prius est, ut quis se heredem esse sciat, quam ut tamquam heres quidquam facere cogitet. Quapropter qui et pecuniam suam, et se heredem esse ignoravit: is sine dubio neque eam pecuniam ut suam neque heredis nomine alienare voluit, aut etiam potuit; eoque nec alienavit. Sunt qui longius progressi dicant, quod hic erravit Stichus ignorans pecuniam suam esse, errorem hunc non impedire alienationem: quia non multum oberret persona testatoris a persona heredis, sed sit prope eadem. Quasi hic quæratur, utrum Stichus in jus et locum defuncti successerit, ut eadem persona habeatur; ac non illud potius, an sciat Stichus se successisse: aut quasi quæratur, an is possit pecuniam quæ jure hereditario illius facta est, alienare: non autem an velit. Omnis vero de eo quæstio est, an velit. Quod si

non vult, non alienabit; quantumvis eadem persona eum defuncto fuerit. Nisi hoc forte dicunt, Stichum nomine testatoris pecunias alienare voluisse; et quia hoc voluit, voluisse etiam nomine heredis, quoniam eadem sit utriusque persona. Quod si sentiunt: duo sunt in eo peccata animadvertenda. Primum quod Stichus in hac specie non credidit pecuniam testatoris ut testatoris, seu ejus in cujus locum alius successerat, ut quis dicat Stichum de herede defuncti cogitasse; sed credidit ut pecuniam domini viventis, et qui nullum heredem habere tum potuerit. Deinde quia etsi nomine heredis pecuniam credisset: non tamen dici posset credidisse eam nomine suo, ut qui se heredem esse non putaret. Neque vero eadem ratio est, cur velit alienare pecuniam suam, quæ ratio facit, ut velit alienare pecuniam domini. Cur velit pecuniam domini ut domini alienare, necessitatis opinio facit; quia ut dominum putat vivere: ita se officio institoris et jussu domini, ut alienet, cogi existimat. In suis rebus, quas quis suas esse sciat, et tractet ut suas, unusquisque judicio suo et sua libertate utitur: ut si nulla alia sit caussa transferendi, quam necessitas, omnino nolit transferre: quia hæc omnis necessitas illi sit amota. Summa huc redit: Ignorare Stichum in proposito pecuniam hereditariam pro parte suam esse, cum in ejus dominio erret; in eo transferendo consentire non posse, eoque nec pecuniam alienare; et omnino eum qui erret in dominio rei suæ, quantumvis alterius nomine eam tradat, rem tamen non alienare nec dominium rei suæ amittere. *d. L. si procurator meus, infr. de acq. rer. dom.* Nihil adversus hanc sententiam pro vulgari sententia facit *L. servum Titii*, *infr. mand.* Titius servum suum, quem meum putabat mandatu meo vendidit, et in eo errore emptori tradidit. Illic scriptum est, *vindicationem servi ei* adversus emptorem *non concedendam*. Primum, non ideo non conceditur ei vindicatio, quia servum ipso jure in emptorem transtulerit: quod errans et ideo non consentiens non potuit facere; sed quia effectu ei non conceditur. Obstat enim vindicanti doli mali exceptio, ut ei qui si servum a se venditum non tradidisset, ultro teneretur ex empto, ut eum emptori traderet: denique, ut ei qui improbe servum evincere conetur, qui servo ab his aliis evicto de evictione teneatur. *L. vindicantem, infr. de evict.* Sed huic exceptioni tunc locus est, cum Titius vindicans negabit se servum vendidisse. Quod si fatebitur, et nihilominus vindicet; omnino ei vindicatio a prætore non dabitur: ut nec alias solet actio dari, ubi actor de exceptione adversarii justa confitetur. *L. nam posteaquam, in pr. infr. de jurejur.* Quorsum enim hic actio, cum eo concesso quod in exceptione est, statim lis tollatur, quia constet reum semper et statim absolvi oportere? De confitente autem Titio agitur in *d. L. servum. mand.* Non mirum, si absolute dictum est, vindicationem ei non concedendam; etsi re vera jure ipso dominium in emptorem non transtulerit. Tum autem etsi quis concessserit eum transtulisse: nihil tamen hoc ad eam speciem de qua agimus, pertinet. Illic enim Titius, quia servum vendiderat, suo nomine obligatus erat, ut traderet. *L. procurator qui pro, supr. de proc.* Et quod ignorans fecit, etsi non fecit volens: tamen errore detecto, implere cogitur propter obligationem. At Stichus in proposito, ut noluit pecuniam suam tranferre errans; sic nulla obligatione tenetur debitoribus, quibus eam credidit, ut eam apud illos manere patiatur. Quæ si ita sunt: nihil omnino dici potest, cur non verissimum sit quod proposui: quandiu Stichus status sui ignarus pecunias credidit, etsi maximo pro parte ejus sint: tamen in eo errore nec pro ea parte esse alienatas, qui errans alienare noluerit.

Quid ergo? volumus Africanum hoc loco non dicere, pecunias pro parte Stichi esse alienatas, aut si dicit, id falsum esse? Imo vero et dicit hactenus esse alienatas, ut supra ostendimus; et quod dicit, verum esse volumus. Sed videndum est, pro quo tempore id dicat. Ita etiam et vere hoc eum dicere et nihil id superiori sententiæ adversari intelligemus. Pecuniæ, inquit, non ex majore parte alienatæ sunt, quam ex qua Stichus heres est: ergo ex hac saltem parte sunt alienatæ. Recte hoc dicitur: sed ex hypothesi Africano proposita, et ad quam hæc propositio accommodata est; nempe tunc, non cum Stichus adhuc status sui ignarus pecunias non aliter pro creditis habet quam domini viventis pecunias; sed cum de jure suo admonitus pecunias etiamnunc vult esse creditas, et apud debitores manere; quæriturque, an saltem hoc casu tamquam creditæ peti possint, non solum pro parte Stichi sed etiam pro parte coheredum. Hic vero recte respondet, et si forte hoc casu pecuniæ pro parte Stichi alienatæ sint, ut sunt; non tamen ex majore parte esse alienatas; hinc fieri, ut nec hoc casu pro parte coheredum tamquam creditæ peti possint. An hoc sentiat, ex conclusione, quam ex hac propositione efficit, sumendum est. Colligitur enim

in conclusione id, de quo quærebatur. Sic autem conclusio Africani est ex hac propositione: *quare*, inquit, *si nulla stipulatio intervenisset, neque ut creditam pecuniam pro parte coheredum peti posse*. His verbis ostendit se de ea specie agere, cum pecunia credita pro parte cujusque heredum petebatur, quærebaturque, an ita pro parte cujusque peti posset. De eo enim respondet, quod erat in quæstione: respondet autem posse peti pro parte Stichi ut creditam et alienatam; at pro parte coheredis non posse. Nunc est huic quæstioni aut responso locus, nisi tunc cum Stichus scit se heredem, et pecunias vult etiam nunc manere creditas. Neque enim partem hereditariam petere potest, nisi ut heres: nec potest petere ut heres, nisi se heredem factum sciat. Ut creditam autem petere aut ab aliis peti velle nullo modo potest, nisi prius velit creditam. Hoc vero si facit, postquam de jure suo et coheredum cognovit: hic demum, inquam, vere respondetur, quod Africanus ait, ita pro parte Stichi pecunias alienatas esse, ut tamen majore ex parte non sint alienatæ, quantumvis ille velit omnes quas prius crediderat, etiam nunc esse creditas: quoniam pro parte coheredum non sit earum dominus, de
9 quo postea. ÷ Cæterum ex qua parte ipse heres sit, pecunias hoc casu esse alienatas verum est. Nam antea quidem, ut et nunc, suæ partis dominus fuit; sed voluntas rem suam alienandi illi deerat, quia suam esse ignorabat. Nunc de jure suo certior factus vult eamdem pecuniam, eamque ut suam alienatam esse: nihil hic deesse potest ad justam pecuniæ alienationem. Non enim ad rem pertinet, quod pecunias iterum debitoribus non tradidit. Cum jam pecuniæ apud debitores essent: sine alia traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem trasferendam. *L. qua ratione, §. interdum, infr. de acq. rer. dom.* Ex quo tempore eadem voluntate pro parte Stichi fient creditæ etiam ante quam moveantur. *L. certi, §. ult. supr. eod.* Hoc autem sentire Africanum non minus ex probatione, quam subjicit, intelligi potest. Propositio ab illo posita est, quæ est duplex; pecunias nimirum pro parte coheredum non esse alienatas; pro parte autem Stichi esse alienatas. Hujus propositionis confirmationem subjiciens, solum in eo laboravit ut ostenderet verum esse quod de parte coheredum dixerat: de parte Stichi nihil dixit. Ex quo apparet illum, quod de ea parte dicebat, pro certo et explorato habuisse; certe pro eo, quod nulla probatione admodum indigeret; Alioqui esset ineptissimus si cum in ea sententia quæ est de parte Stichi, plus esset difficultatis; tamen hujus probatione omissa, in illa altera quæ minus dubitationis haberet, consisteret. Vel hoc ipsum satis argumenti est, non loqui Africanum de eo tempore, quo Stichus adhuc statum suum ignorabat. Nam pro eo quoque tempore si diceret pecunias pro parte Stichi esse alienatas, etsi quis daret sententiam non plane falsam esse: tamen Africanus id diceret, quod præcipuam et certam dubitationem haberet: et eam quæ multo citius esset diluenda, si Africano credere vellemus, quam illa, quæ in alteram sententiam incurrit. Nam potestatem Stichi in pecunia tota alienanda finitam esse morte domini, multo proclivius est existimari, quam eum partis suæ dominium errantem amittere aut transferre. Prius quidem in mandato generaliter receptum est ab omnibus; posterius a nemine: et quidem statim manifestis regulis juris adversari videtur, et re vera adversatur; nemo enim dominium rei suæ transfert sine consensu. Quis est autem, qui in dubium revocet, quod a veteribus traditum est, errantem non consentire? De hoc igitur si Africanus ageret, et diceret Stichum nihilominus in hoc errore pecunias suas alienasse. conveniebat præcipue hoc illum confirmare, et ea quæ omnibus tam aperte contra occurrunt, in primis diluere; ne quis aut illum ista non vidisse putaret, quæ omnes intelligunt; aut juste illum irrideret, qui rem minime dubiam instituisset probaret; rei autem maxime dubiæ, et quam nemo illi daret, probationem omisisset. Cur ergo hujus partis probationem ut in re certa et velut confessa prætermisit? Nun alia in prudente et acuto scriptore, qualis est Africanus, ratio reddi potest, quam quod de ea specie non agebat, in quam superior dubitatio de errante incurreret; idest, quia de eo tempore non agebatur, quo erraret Stichus; sed quo post cognitum ab eo testamentum de pecuniis pro parte ejus et coheredum repetendis quærebatur. Hoc vero tempore nulla est dubitatio de partis Stichi alienatione, cum possit et velit tum alienare. At est justa de eo, quod dicit partes coheredum non esse alienatas. Etsi enim Stichus non est earum dominus; tamen existimari potest eum propter potestatem alienandi a domino acceptam, etiam mortuo domino, jus alienandi habuisse, quasi ea potestas morte domini non esset exstincta. Quamobrem et ad eam dubitationem tollendam solum confirmationem suam contulit: de qua jam videamus.

Ait igitur pecunias pro parte coheredum

(quæ pars illa est major, ex qua Stichus heres non exstitit) non esse alienatas. Huic parti obstabat, ut dixi, potestas Stichi præcedens. Nam si hæc mortuo domino mansit, pecuniæ sunt alienatæ. Nec quidquam ad rem pertinuerit, quod Stichus pro parte coheredum non est dominus. Nam nec vivo domino ulla ex parte pecuniarium dominus fuit. Pecunias tamen jure credidit, et alienavit, quia institor erat, et voluntate domini in eo utebatur. Quare et mortuo domino eodem jure pecunias alienaverit, si manet institur. Quod ita esse facile quis dixerit: quia potestas quæ illi data erat, aperte revocata non proponitur: sed maxime tunc, cum ille mortuum dominum ignorans ignorantibus debitoribus credidit: nam ignorantes debitores illi solvendo liberantur, quod videatur alicui pro vetere institoris potestate fieri. Quidni ergo et ignorans ignorantibus credendo pecuniarum dominium eadem potesta-
10 te transferat? ‡ Ergo hanc dubitationem removens docet potestatem alienandi, quæ prius fuerat, sola morte domini sine alia revocatione finitam esse, et institorem esse desiisse, qui prius fuerat. Id probat exemplo procuratoris, cui pecuniæ in hoc ipsum specialiter datæ sunt, ut eas Sticho crederet. Huc enim mandatum, quod et de potestate, credendi, et de persona cui credatur, aperte et nominatim exprimit, si non plus tribuit: at certe multo evidentius et certius est, quam illud, cum pecuniis Sticho datis generaliter, et infinite jubetur eas exercere. Et tamen si quod tale mandatum sit de pecunia credenda, quale diximus: si procurator mortuo domino pecunias Sticho credat, non faciet nummos accipientis, quamvis ignorans credat; ut dicendum sit multo minus id tum futurum, cum sciens dominum decessisse pecunias crediderit, aut pro creditis habere voluerit. Quæ res ostendit etiam hujus procuratoris potestatem morte domini exstingui. Quanto ergo magis hæc omnis potestas Stichi, quæ non aliter illi quam generaliter tributa est, morte domini finietur: ut pecuniam jam alienare non possit, qui et ejus dominus non est, et per domini mortem voluntate ac potestate vetere destituitur? Poterat Africanus usurpare generale illud, quod de mandato traditum, et ab omnibus receptum erat ut idem, valet, mandatum morte mandantis solvi. §. *recte, Inst. de mand.* Sed hæc sententia certius intelligitur, si in eo procuratore, cui specialiter quid mandatum est, hujus quoque potestatem, et domini mandatum morte domini finiri dixeris. Ideo hujus exemplo ad majorem confirmationem uti maluit; ut esset hæc collectio. Si mandatum, quamvis speciale de pecuniis credendis morte domini finitur: multo magis de generali idem probandum esse, quale est in Sticho, quod nunc proponitur. Sed tamen in summa huc res redit, ut eamdem illam sententiam generaliter confirmet, velitque omne mandatum morte domini finiri: eoque et eum mandato omnem alienandi, quæ ex mandato pendebat, potestatem.

Non obstare ait, quod debitores ignorantes Sticho solventes liberentur: non enim ut hoc receptum est, ita et illud receptum, ut Stichus credendo nummos alienet. Sed cur non hoc quoque itidem receptum? nihil enim Africanus adjecit, contentus, credo, id quod pro jure certo receptum erat, ponere: quod de jure respondenti, de quo consulebatur, satis putabat. Nobis autem jus atque hunc locum interpretantibus quærendum est; potest enim non recte constitutum videri. In quo hæc esse possit dubitatio Nam si institor et procurator mortuo domino potestatem debitoris liberandi, quam prius habuerunt, retinent: quomodo potestatem alienandi, quæ prioris potestatis pars est, mortuo domino amittant? Veterem potestatem, quæ nulla ex parte nova voluntate revocata est, aut in totum mortuo domino retineant, aut in totum morte ejus amittant oportet. Sed facilis hic et expedita responsio est: nempe totum hoc esse verissimum: sed his adversari, qui fateantur istos post mortem domini veterem potestatem ex aliqua parte retinere, ut vel debitores solventes liberare possint. Nos autem istam potestatem morte domini in totum finiri dicimus, ut non magis possint liberare debitores, quamvis ignorantes, quam possunt pecunias alienare. Finitur enim domini morte mandatum. Hoc finito, etiam illam potestatem, quæ mandato sustinebatur, finiri necesse est. Potestate sublata consequens est, illa quæ ejus potestatis partes erant, simul intercidant. Liberantur quidem debitores Sticho solventes, ut hic dicitur; sed non ideo Stichus eos liberat, quantumvis dominum decessisse et ipse et illi ignorent. Quæ res liberat igitur? ipsa ipsorum ignorantia, quæ illis nocere non debet, ut est in §. *recte Inst. de mand.* Et ideo Africanus toto hoc loco cum de liberatione debitorum ageret, diligenter cavit et hic, et in principio ne diceret Stichum debitores sibi solventes liberasse; sed ubique dixit debitores ei solventes liberari: cum intelligeret omnem hanc liberationem non ex facto et potestate Stichi, sed ex hac ignorantia contingere. Quod si institor procuratorve mor-

tuo domino pariter nec debitores liberare, nec pecunias alienare potest, et omnino omnis eorum potestas finita est; non est quærendum, cur in hac potestate unum illis potius facere non liceat, quam alterum, cum pariter neutrum illis liceat. At enim in debitorum ignorantia hæc saltem inter ipsos differentia relinquitur, quod ignorantes si solvant liberantur; si pecuniam accipiant, pecunia in eos non transfertur. Hujus etiam differentiæ rationem recte quis requirat. Concedimus enim ignorantiam debitorum facere, ut solvendo ei, quem adhuc institorem aut procuratorem putent, liberentur: cur non hæc eadem ignorantia facit, ut ab his ipsis ignorantes accipiendo pecuniæ dominium acquirant? Non transfertur dominium inquies, nisi sit qui transferat: nec potest transferre, qui dominus non fuit, aut voluntate domini non transtulit. *L. qua ratione, §. hæ quoque, infr. de acq. rer. dom.* Licet et circa solutionem idem respondere. Ut enim jure dominium non transfertur, nisi is tradit, qui jus transferendi habeat: sic nec eodem jure contingit liberatio, nisi ei solvitur, qui jus liberandi habuit, puta creditori, aut alii voluntate ejus. *L. solutam, infr. de solut.* Et tamen tribuitur hoc justæ ignorantiæ, ut quamvis ei solvatur, qui liberandi potestatem nullam habet; nihilo minus liberetur debitor, si ei solverit, cui olim de pecunia exigenda mandatum erat, dum mandatum et voluntatem domini finitam esse ignoret. *d. §. recte, Inst. de mand.* Cur non eadem ratione et pecunia transferatur in accipientem propter justam ignorantiam, si ab eo creditum acceperit, cui mandatum erat de pecuniis credendis, et mandatum adhuc perseverare existimet? Dices proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum, quæ vulgaris hic ratio est ex *L. Arrianus, infr. de obl. et act.* Nihil hoc ad rem pertinet. Non enim hic quæritur, an inviti debitores pecunia accepta obligentur, sed an volentes accipiendo eam acquirant, et ea quæsita, volentes obligentur. Ille propensio esse debet ad aliquem non obligandum, ubi is se obligari non vult. Adversus volentem autem ejusmodi aliquid statuere est absurdum. Certe volentes quid acquirere, et volentes obligari non minus æquum est, et jure permissum omnibus, quam volentes liberari, si utrumque fiat justis et constitutis modis: *L. sicut, 6. de obl. et act.* Vera differentiæ ratio hæc est: quod debitores, qui solverunt, laborant, ne si non liberentur, damno afficiantur, et pecuniam amittant; qui autem mutuam pecuniam acceperunt, dum eam suam fieri volunt, id agunt, ut acquirant. Justæ ignorantiæ abunde sufficere debet, si ignorantibus non noceat, non etiam eo usque producenda est, ut illis prosit. Multum enim interest, utrum damnum quis faciat; an lucro aliquo uti prohibeatur: amittat quid de suo, an de alieno non acquirat, ut est in *L. Proculus, in fin. infr. de damn. infr. L. ult. §. pen. C. de cod.* Et generaliter definiemus: ubi quid tribuitur jure alicui, sive actio, sive beneficium aliquod in hoc, ne res aliqua certa ei noceat: ibi actionem et beneficium locum non habere, ubi id agatur, ut illa res prosit. Quod ex his, quæ circa actionem de aqua pluvia arcenda veteres tradiderunt, intelligitur. Prodita est ea actio, si opere a vicino facta aqua pluvia mihi noceat. Ex hoc ipso veteres collegerunt, si vicinus fecerit, ne ea mihi prosit, quæ alioqui decurrens mihi proderat, aut prodesse poterat, cessare actionem. *L. 1. §. sicut, L. 2. §. item Varus, infr. de aq. et aq. plu. arc.* Id huc transferendum est. Debitori qui mandato soluto ignorans solvit, tribuitur liberatio nominatim ideo, ne illi justa ignorantia noceat, *d. §. recte, Inst. de man.* Hac ipsa de caussa efficitur, ne hæc ignorantia illi prosit ad acquirendum, quod prius non habuit.

Hæc Africani sententia et confirmatio est de pecuniæ pro parte coheredum alienatione. In qua apparet eum duo hæc sumere: Primum, etiam eum procuratorem, cui pecuniæ nominatim datæ sunt in hoc, ut eas Titio crederet, si mortuo domino eas Titio crediderit, non facere nummos accipientis: itaque etiam hujus potestatem, ut et reliquorum quibus quid mandatum est, morte domini finiri. Deinde huic procuratori similem esse in proposito institorem Stichum. Quibus positis efficitur quod proposuerat, hunc Stichum post mortem domini pecunias credendo, eas pro parte coheredum non alienasse. De collectione dubitari non potest, si vera sunt, quæ sumuntur. Sed vocantur illa in quæstionem. Itaque de utroque paucis cognoscendum est. Ac procuratorem cui quid datum est, in hoc, ut id ipsum Titio daret, post mortem domini Titio dando dominium non transferre etiam Juliani sententia est in *L. 2. §. si pecuniam. infr. de don.* † Sed adversari videtur *L. fundi. infr. de acq. poss.* ubi si 11
venditor fundi mandaverit alicui vel procuratori vel amico, ut possessionem Titio emptori traderet, et procurator mortuo do-

mino tradiderit ignorans ignoranti; placet possessionem recte traditam; idest ita traditam, ut ea et quidem justa emptori acquiratur. Et hoc omnes sic acceperunt, ut fateantur illic mandatum domini morte nun finitum: sed eo possessionem transferri dicant, quia mandaverat dominus id fieri, ad quod præstandum tenebatur: id ubi accidat, toties mandatum etiam post mortem domini manere. Sed ex hoc responso incidunt in aliud incommodum majus; admittunt enim in procuratore, qui in rem suam datus, non sit, aliquando evenire, ut mandatum morte domini non solvatur; quod non solum notæ regulæ juris adversatur, quæ traditur in §. *recte. Inst. de mand. L. inter, infr. mand.* sed etiam fieri non potest. Si mortui nulla voluntas est; non potest, quin ea quæ prius fuerat, morte domini finiatur, quæcunque tandem caussa fingatur, cur vivus voluerit; ut et finiri eam traditam est in *L.* 4. *infr. loc.* Quomodo ergo in superiore specie mortuo domino eam manere defendemus? Quod si morte finitur voluntas, finitur et mandatum neque enim aliud est mandatum quam mandantis voluntas de eo, ut fiat, quod mandavit. Et cur metuamus in totum sententiam juris retinere, morte mandantis solvi mandatum, ubi nulla necessitas nos cogat ab ea discedere? Neque vero nos cogit *L. fundi, de acq. poss.* atque adeo ne tantillum quidem huic loco circa mandatum et potestatem procuratoris adversatur. Ut enim hic mortuo domino procurator pecunias tradendo, pro vetere potestate nummos non facit accipientis, et in totum pro vetere potestate quæ finita est, nihil transfert; sic nec illic procurator mortuo domino transfert possessionem, aut eam facit accipientis, tametsi rem tradendo accipienti, caussam præstat, ut ille possidere incipiat. Id si docemus, nihil adfertur ex eo loco, quo probetur post mortem domini in procuratore ejus loci veterem possessionem mansisse. Atqui nihil facilius, quam ostendere in specie *L. fundi*, procuratorem seu amicum venditoris mortuo eo possessionem in emptorem non translulisse. Primum ex persona sua quomodo transferret, quam ipse non habuit? neque enim rem tenebat ut suam, sed ut alicuam et alieno nomine, quamque in id nominatim acceperat, ut alii statim traderet; quod qui faciunt, eos non possidere certum est. *L. sciendum, supr. qui satisd. cog.* §. *idem placet. Inst. per quas per. L. quod meo. infr. de acq. poss.* Ex persona vero domini ejusdemque venditoris fuerit sane illi jus possessionis transferendæ, si quam ille habuit. At hæc eo mortuo nulla est. Sic enim quisque moriens possidere desinit, ut nec possessio ad heredem pertineat, nisi ab eo naturaliter comprehensa. *L. cum heredes, L. qui universas,* §. *quod per colonum infr. de acq. poss.* Possessionem igitur sine dubio illic procurator transferre non potuit, quæ nulla neque in ipso defuncto, neque in heredibus fuerit. Itaque, quod illic dicitur mortuo domino recte ab ignorante procuratore possessionem traditam: ideo dictum est, non quia traderetur aut transferretur aliqua possessio, quæ tum esset, quia nulla erat; sed quia novæ adipiscendæ caussa emptori præberetur, quæ possessio postea secuta est. Quid refert, dixerit aliquis, si hæc ipsa nova possessio procuratoris traditione acquiritur? sic enim et hanc procuratoris jure etiam post mortem domini manente acquiri dixeris. Atqui hæc etiam ejus traditione videtur acquiri. Non ita est. Alterius traditione dici possumus acquirere possessionem, quæ ab aliquo traditur; quæ vero traditur a nemine, eam alterius traditione acquiri dicere non possumus. At enim acquiritur hæc possessio ideo quia fundus a procuratore traditus est. Etsi hoc fateremur: non tamen ideo efficeretur post domini mortem jus ullum procuratoris manere: diceremus enim acquiri inde possessionem, non quia jus aliquod rei tradendæ procurator haberet, sed solum quia rem tradidisset, etsi nullo jure. Sed longius progredimur, dicimusque, et verum est, nec possessionem fundi ideo acquiri emptori, quia procurator ei fundum tradiderit: nedum acquiratur ideo, quia et possessionem tradiderit. Possessionem acquirit emptor facto suo et sua voluntate non alicuo facto, alienave traditione. Hoc enim ipso, quod fundum ingreditur hoc animo, ut possideat, possessionem acquirit: idque ipsum faceret, etsi nemo illi rem traderet, si modo prius vacua esset possessio: quippe possessio corpore et animo nostro nobis, non alieno facto acquiritur. *L.* 3. *infr. de acq. poss.* Argumento est prædo, qui, vetere possessore dejecto si rem occupet, incipit possidere, quia voluit, nec in eo alienam traditionem desiderat. *L.* 1. §. *interdictum autem, juncto* §. *qui a me, et* §. *vi possidere, infr. unde vi.* Possidet ille quidem injuste quia vi; sed tamen vere et proprie: quia ad summam possessionis nihil interest, juste quis an injuste possideat, *L.* 3. §. *ex contrario. infr. de acq. poss.* Cur ergo in specie *L. fundi*, exigitur, ut procurator

mortuo domino rem tradat, dominum decessisse ignorans, nec invitus heredibus? Non utique ut transferat in emptorem, quod non habet; aut ut vetere potestate utatur quæ finita est: denique non ut emptor possidere incipiat; sed, ut illic significatur, ut incipiat emptor possidere recte; idest, juste et bona fide: quod ita fit, si aut vere voluntate domini possessionem nanciscatur; *L. 5. infr. de acq. poss.* aut justo errore putet se voluntate domini id facere; *L. quod vulgo, infr. pro empt.* Atque id contingit in superiore specie, cum procurator tradit mortuo domino, quem emptor ignorat decessisse. Quid, si procurator dominum decessisse sciat, et rem tradat emptori ignoranti? Non eo minus possidebit emptor, nactus possessionem animo et corpore, eamque vacuam. *d. L. 3. de acq. poss.* Nec minus possidebit juste, quia bona fide; *d. L. quod vulgo, pro empt.* Sed ipse procurator hoc casu non recte tradit possessionem, ut dicitur in *d. L. fundi:* quod non eo spectat, ut non transferatur possessio; sed ne habeat adversus heredes mandati actionem, si quid in eam rem impenderit. *L. hoc jure. §. si quis dederit, infr. de don.* Quæ si ita sunt: apparet in *L. fundi*, nihil dici, quo adversus sententiam hujus loci significetur, domino mortuo mandatum non finiri, aut procuratorem etiam tunc pro vetere potestate aliquid posse facere, aut in aliquem posse transferre. Denique utroque in loco omnia consentanea. Non potest procurator mortuo domino pro potestate veteris mandati dominium transferre, ut hic traditur. Non potest nec in specie *L. fundi*, pro vetere mandato domino mortuo transferre possessionem: quia nulla illic res fuit, quam tantura posset transferre. Neque illic possessionis ab eo translatæ argumentum est, quod fundo ab eo tradito emptor possessionem acquirit: hanc enim acquirit suo facto, non procuratoris jure aut potestate, ut ostendimus. At saltem, dicet quispiam, inter utrumque locum hæc dissimilitudo est, quod hoc loco procuratore post mortem domini pecunias credente, ut dominium ab eo non transfertur: sic nec acquiritur accipienti. Contra in *L. fundi*, procuratore post mortem domini juxta vetus mandatum fundum possidendum tradente, etsi non traditur ab eo possessio quam nullam habet, tamen possessio accipienti acquiritur. Est plane his in locis hæc dissimilitudo: sed qua nihil mutatur in eo jure, quo mandatum domini et potestatem procuratoris morte domini finiri dicimus: et omnino ea dissimilitudo, quæ nihil in se habeat repugnans. Quod enim hic dominium tradente procuratore non acquiritur, illic & tradente acquiritur possessio: discrimen est non in jure et potestate procuratoris, qui mortuo domino ad utrumque transferendum pariter nihil juris habet: sed in conditione rerum istarum quas acquiri volumus: alia enim causa est possessionis acquirendæ, alia dominii. Possessio, ut dixi, si vacua est, (ut in specie *L. fundi*, acciderat, domino nimirum mortuo, et heredibus possessionem fundi nondum adeptis) acquiritur, ut quisque fundum ingressus hoc animo est, ut velit possidere. *d. L. 3. de acq. poss.* Dominium non aliter, quam si dominus transferat, dum aut ipse rem tradit, aut alius voluntate ejus hoc animo, ut res fiat accipientis. *§. per traditionem. Inst. de rer. divis. L. qua ratione, §. hæc quoque, infr. de acq. rer. dom.* Observandum est autem diligenter hic nos de eo agere, cui nummi a domino dati sint nominatim in hoc, ut eos Titio crederet: quæ verba ad eum pertinent, cui nummi solum traditi sunt, non ut ejus fierent; sed ut procurator esset, et administer in pecunia, quæ domini mansit, ad Titium perferenda et ei credenda: qua in specie recte ut mandatum domini, sic potestatem alienandi morte domini finiri dicimus. Non idem probandum est, si cui nummi a domino vere dati sint, idest, ita dati, ut accipientis fierent, puta dati mutuo. Nam ut maxime hi hac lege dati sint, seu in hoc, ut debitor eos Titio redderet: quamvis debitor eos Titio reddiderit, mortuo creditore; tamen pecunia fiet Titii, sive mortuum scivit, sive ignoravit is qui dabat: scilicet quia pecunia fuit dantis, ut est in *L. hoc jure, §. si quis dederit, infr. de don.* Suam quisque rem alienare potest suo jure, non alieno mandato. Hoc amplius, etiam mortuo creditore, pecuniam Titio dando, ibidem placet debitorem hoc casu liberari. Quod et ipsum non est huic loco contrarium. Etsi enim dum ille liberari dicitur; declaratur eum veterem potestatem etiam mortuo creditore retinere: non tamen ideo significatur, etiam mortuo domino manere mandatum, et potestatem mandato tributam: propterea quod hæc alii solvendi potestas debitori data est, non creditoris mandato; sed conventione et lege traditioni mutui dicta. Hac conventione obligatio certam conditionem accepit, quam nec vivus creditor, si revocare vellet, immutare potuit. *L. vero, infr. de sol.* Multo minus, eo aperte non revocante, mors ejus quæsitum debitori jus adimet.

Restat alterum, quod sibi concedi vult
1 Africanus, et concedi necesse est, si procuratoris exemplo in hac re recte utitur: Stichum nimirum qui calendario præpositus est, etiam in pecuniarum alienatione procuratori similem esse: ut quemadmodum hic mortuo domino pecunias alienare non potest, de quibus Titio dandis nominatim mandatum acceperat: sic hujus exemplo nec possit Stichus quantumvis generaliter Ca-
12 lendario præpositus. † Qua parte maxime confirmat Stichum post mortem domini omni ex parte institorem esse desiisse: et quidem multo apertius, quam tum fecit, cum dixit debitores ei post mortem domini solventes, si dominum decessisse scirent, non liberari: nam saltem tunc liberari admittit, cum ignorantes solverunt. Hic autem Stichum negat post mortem domini ullo modo pecunias alienare, sive debitores quibus creditæ sunt, dominum decessisse sciant, sive ignorent. Ita hic omnium apertissime significat veterem Stichi potestatem morte domini in hac specie plane intercidisse. Quamobrem hic præcipue quærendi locus est, quomodo et prius illud de debitoribus Sticho post mortem domini solventibus non liberatis; et hoc posterius de pecuniis ab eo post domini mortem non alienatis, conveniat cum eo, quod de institore traditur in *L. si quis mancipiis*, §. *si impubes*, *et* §. *ejus*, *seq infr. de inst. act.* Illic scriptum est: si mortuo domino cum institore contractum sit, quamvis ab eo, qui sciat dominum decessisse: tamen in heredem actionem dandam, etiam si heres sit pupillus aut furiosus: partim *propter utilitatem promiscui usus*; partim quia non *sit imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore mercem exercente contrahat.* Tot enim rationes illic adjiciuntur. Si ex eo, quod cum vetere institore post mortem domini contractum fuit, est institoria: is est institor, cum quo contractum est. Sed si ulla est actio ex ejus contractu adversus heredem, is est institor, ex cujus contractu actio est: neque enim heredem obligare posset nisi institor: idest, is in quo vetus potestas mansisset. Quod si verum est: non solum male hic comparatur Stichus cum procuratore, si modo Stichus est institor, ut est; sed etiam quæ Africanus dicit, in contrarium mutantur omnia, ut et debitores Sticho solventes liberentur, quamvis sciant dominum decessisse; et Stichus quamvis dominum decessisse non ignorans, pecunias credendo alienet: horum enim utrumque in vero institore contingeret. Quod si qui cum institore ipso post mortem domini contrahendo, actionem adversus heredem sibi acquirunt; cur non et tunc institori solvendo, liberationem, et ab eo pecunias pro vetere mandato accipiendo, earum dominium sibi acquirant? Et multa in superiore loco Ulpiani occurrunt, quæ prima fronte videantur ostendere dissimilitudinem horum locorum, cum in persona eorum de quibus agitur, tum in factis eorum, nec non in finiendi mandati modo: sed nihil eorum idoneum ad rem expediendam. In persona hæc sunt. Loquitur Ulpianus de institore. Quid ergo, si dicamus Stichum hic non esse institorem, sed magis similem esse procuratori? Non licet: Nam et qui Calendario, idest, pecuniis fœnerandis præpositus est, non minus est institor *L. 5. infr. de inst. act.* Rursum loquitur Ulpianus de institore mercem cui præpositus est, exercente. Quid igitur, si hoc sumamus potius ad hos locos distinguendos? nam hic de eo agitur, qui mercibus præpositus non est, sed Calendario. Sed hoc responso magis locos ipsos interse opponimus. Nam si institoris Calendario præpositi mandatum finitur domini morte: non potest quin finiatur et ejus, qui mercibus est præpositus. Una est enim in omnibus finiendi mandati caussa, si voluntas domini finita sit. Hæc morte domini esse desinit. *L. 4. infr. locat.* nec mors alia est in uno aliquo, quam in cæteris omnibus. Dices pertinere ad summam reipublicæ, ne morte ejus qui præposuit mercibus institorem, finiatur præpositio. Etsi hoc negari potest, et vero negat Ulpianus in *L. 1. §. licet, infr. de exerc. act* tamen ut quis concesserit, nihil ad rem pertinet. Non enim institorem publica utilitas facit, sed domini voluntas. De hac igitur quærendum est: hac sublata, non possit esse institor, qui peius fuerat, quantumvis quis dicat publice interesse omnium, ut is mortuo domino merces exerceat. Non potest quidem fieri, quin institore homine industrio publice mercem exercente, ejus negotiationis utilitas ad multos perveniat; sed prius constitum illum esse oportet, ut sit institor: quod fit domini voluntate, non quia mercem exerceri expediat aliis. Ita etiam ejus voluntatis cessatio contempta omni aliorum utilitate finem præpositioni afferet. Nam et institorem aperta domini voluntate revocari posse constat, nec quisquam unquam dixit impedire publicam utilitatem, quominus id facere domino liceat. *L. sed si pupillus*, §. *1. infr. de inst. act.* Quare et morte finita voluntate finietur præpositio, nec publica utilitas institorem retinebit, qui cessante vo-

luntate esse desiit. Et ideo recte fecit Bartolus in responso Ulpiani, quod cum admisisset eum qui merces exercet, post mortem domini ex sententia ejus loci institorem manere, id sic accepit: ut non esset ejus institoris proprium, sed esset omnium commune, generaliterque ad summam ejus loci ita definiret, mandatum institoris non finiri morte mandantis. Nihil ergo persona instituris, da qua Ulpianus loquitur, facit ad horum locorum conciliationem. Dixeris igitur facta pertinere. Loquitur enim Ulpianus de eo, quod cum institore contractum est, et vult de eo adversus heredes actionem dari. Sed et hoc loco de credito Stichi agitur. Vult tamen Africanus illum post mortem domini pecunias credere non posse, ut alienentur, et hoc modo heredibus vel prosit ad actionem acquirendam, vel ad pecuniæ alienationem noceat. Sed etsi hic ageretur tantum de debitoribus liberandis, non de contrahendo, et hæc dissimilia esse fateremur: nihil tamen ad hæc concilianda proficeret. Hoc enim posito, institoris mandatum morte domini non solvi, vi ipsa hoc dicitur posse institorem post mortem domini non minus eredere pecuniam, aut debitores solventes liberare, quam potest ita contrahere, ut heredes obliget. Licet enim vero institori pro potestate hæc omnia facere: quæ tamen Stichum post mortem domini facere posse hic negat Africanus. Modus reliquus est, quod apud Ulpianum dicitur, mandatum non finiri. Nempe non finiri ait domini morte. Quid ergo, si hoc concedamus esse perpetuum in omni institore; negemus tamen huic loco esse contrarium, quia in proposito Stichi potestas non finiatur morte domini, sed Stichi manumissione: idest, non quia dominus mortuus sit, sed quia Stichus manumissus? Et hoc Bartolus plerosque alios secutus accepit. Sed refragatur Africanus. Etsi enim verum est, si Stichus Calendario præpositus, etiam vivo adhuc domino esset manumissus, tamen futurum fuisse, ut ea manumissione solveretur mandatum, nec manumisso solvi posset, nedum is posset pecunias alienare: *§. recte, Inst. de mand. L. dispensatorem, infr. de sol.* tamen in specie proposita ubi pariter et dominus Stichi mortuus, et Stichus liber esse jussus erat, sic potestatem Stichi mortuo domino finitam esse Africanus ait: ut appareat eum ideo finitam esse dicere, quia dominus mortuus sit, non quia Stichus manumissus. Ut enim probet Stichum mortuo domino pecunias non alienare, utitur in ea re argumento procuratoris, cui pecuniæ in hoc datæ erant, ut eas Titio crederet: quem ait, si mortuo domino pecunias Titio credat, nummos non facere accipientis: atque hujus exemplo idem in Sticho probandum esse colligit. Si in hac re recte isti comparantur: necesse est in utroque eandem finiendi mandati rationem intelligi, aut certo in Sticho majorem, quæ nihilominus parem includat. At procurator iste, cujus argumento utitur, non ideo mortuo domino pecunias non alienat, quia sit manumissus (de libero enim agitur, in quem nulla cadit manumissio) sed ideo solum quia dominus mortuus erat, et hujus morte solutum mandatum: denique ut loquitur Africanus, quia mortuo domino pecunias credebat. Quare et Stichum pecunias mortuo domino non alienare eadem hac de caussa colligi oportet, quia mortuo domino eas crediderit, et morte domini finitum sit mandatum, non quia ipse manumissus fuerit. Potest quidem et hoc modo colligi: ut quia procuratoris istius potestas morte domini finitur, dicatur multo magis hanc finiri in Sticho, in quem utrumque concurrit, ut præterquam quod ejus dominus mortuus est, sit etiam ipse manumissus. Sed qui hoc dicit, etiam morte domini sola Stichi potestatem finiri significat: quasi diceret utroque modo hanc finiri, sed multo magis utraque, aut multo magis una quam altera. Semper enim ut in summis majoribus, sic in ratione majore includitur minor, quæ par sit eum ea, ex qua comparatio ducitur. Quod si procuratoris mandatum finitur domini morte; institoris autem mandatum nequaquam; recte dicetur Africano, male eum comparare res dissimiles, cum istorum mandata dissimilibus de caussis finiantur. Et quamvis quis concesserit ex aliis partibus juris manumissione dispensatoris mandatum solvi: tamen semper vere dicetur non recte id colligi exemplo procuratoris, cujus mandatum non solvatur manumissione. Hæc eo spectant, ut ostendam, quamdiu statuemus institoris mandatum morte domini non finiri, sive de omni institore id dixerimus, sive de aliqua specie institorum, id cum sententia hujus loci conciliari non posse. Nam et hic de institore agitur; et sententia Africani est, hunc post mortem desinere esse institorem, non quia manumissus sit, sed quia dominus mortuus: ut etsi manumissus servus non esset, mors tamen domini idem in eo efficeret, ut et in procuratore. Nec si id in persona hujus institoris recipitur propter finitam domini morte voluntatem: fieri potest, quin in omnibus aliis institoribus ob eandem caussam recipi de-

beat: ut jam unum hoc relinquatur ad defensionem, ut pariter omnem institorem mortuo domino negemus institorem manere.

13 Quid ergo, id negare audeamus repugnante, ut videtur, tam aperte *d. L. si quis mancipiis, §. si quis impubes, infr. de inst. act.* Ego vero nego, deque institoris potestate, quod necesse sit ad horum locorum explicationem et conciliationem, breviter ita statuo: omnem institorem quisquis sit, et cuicunque rei præpositus, morte domini desinere esse institorem, nisi heres exstiterit, qui eodem institore utatur. Huic sententiæ non modo contrarium scriptum non esse in *d. §. impubes, et seq* sed potius inde colligi eum etiam qui mercibus sit præpositus, ne in ea quidem caussa mortuo domino institorem manere. Sed cum mortuo domino institor vere non maneat: tamen quibusdam in negotiis et factis pro institore haberi, ut heredibus factum ejus noceat; certis tamen et justis de caussis, quæ illic significantur: eas caussas ad liberandos debitores, aut pecunias alienandas non pertinere: ita fieri, ut quæ de his negotiis et factis illic dicuntur, nihil eorum huic loco adversetur sive queratur de vero institore, sive de eo, quando quis mortuo domino pro institore habeatur. Quæ summatim dicta sigillatim exsequar, ut planius explicentur, et quod satis est, confirmentur. Primum mortuo domino de institoris persona hoc ratum sit, nisi heres eodem institore utatur (quod cum fit, dubitari non debet, quin nova voluntate institor maneat, et heres ex ejus contractu teneatur, *L. 5. §. ult. infr. de inst. act.*) omnem institorem morte domini desinere institorem esse, cuicunque rei et negotiationi sit præpositus: ut nisi quid nominatim ei tribuatur ut institori, non sint rata ea, quæ mortuo domino ut institor gesserit, ut ea heredibus noceant. Quis est enim institor? qui voluntate et mandato aut jussu domini alicui negotiationi præpositus est. *§. eadem, Inst. quod cum eo, L. 3. infr. de inst. act.* Quandiu ergo perseverabit voluntas domini, tandiu manebit institor: voluntate finita, institor esse non potest, qui prius fuerat: utpote ea caussa sublata, qua sola institoris potestas consistebat. Voluntatem autem morte cujusque finiri, et eo modo tolli omnia, quæ data erant ita, quoad is qui dedisset, vellet, ita scriptum est in *L. 4. infr. loc.* ut nihilominus per se certa ratione efficiatur. Sic enim quisque morte esse desinit, ut nec per rerum naturam voluntas mortui possit intelligi. Necesse est igitur, quod officium voluntate domini sustinebatur, id morte domini voluntate exstincta finiri. Nec alia ratione mandatum morte mandantis exstinguitur. *§. recte, Inst. de mand. L. inter, infr. mand.* Hoc ita esse in institore Africanus hoc loco aperte confirmat. Stichum qui hic proponitur, ut Calendario, idest, pecuniis fœnerandis præpositum, jam diximus institorem esse, et constat ex *L. 5. in pr. infr. de inst. act.* Hunc autem mortuo domino desinere esse institorem declarat ex effectis. Negat enim debitores, si sciant dominum decessisse, ei solventes liberari: negat eum pecunias hereditarias credendo alienare: quorum utrumque contra eveniret in vero institore, ut constat eventurum fuisse, si dominus adhuc viveret. Atque hæc eadem contingere vult, non propter mutationem status Stichi, ut Bartolus putat; sed tantum hoc ipso, quod dominus decessit, ut supra docuimus, et liquido probat argumentum procuratoris, quo utitur. Quod de uno genere institorum hic dicitur, pertinet ad omnes. Neque enim constituuntur alii aliter, quam domini voluntate: nec constituti, aliter quam perseverante eadem voluntate consistunt. Dominis autem, qui eos constituerunt, morientibus, ineptum est putare minus finiri eorum voluntatem, quam si eos aliis rebus præposuissent. Finge institorem merci exercendæ præpositum. Non eo minus ut voluntas morte domini finitur, ita et ipse morte domini institor esse desinet: putoque non minus in eo locum habere illa, quæ Sticho pecuniis exercendis præposito evenire hic dicuntur, ut nec debitores si scientes ei post mortem domini solvant, liberentur, nec ipse pecunias post mortem domini alienet: de quo plura paulo post. Cur autem in hoc institore, qui mercibus præpositus est, non debeat nos movere publica utilitas, ut is mortuo domino nihilominus institor maneat, supra ostendi. Non adversatur huic sententiæ *L. si quis mancipiis, §. si impubes, et §. ejus, seq. infr. de inst. act.* Datur illic ex contractu institoris actio adversus heredes domini; etsi quis mortuo domino et quidem sciens eum decessisse, cum institore contraxerit: sed datur nominatim additis his caussis: *propter utilitatem promiscui usus*, et quia *non sit imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.* Quid valeat horum utrumque, et quam recte dicatur, exponam postea. Nunc quod ad id, de quo agitur, ex his intelligi potest, id sumo: significari nimirum his verbis, dari quidem actionem; sed utilitatis caussa, et quia æquum est. Hæc adjectio abunde declarat, mortuo domino qui institorem præposuit,

amplius jure institorem non esse, qui datus fuerat. Nihil enim opus erat utilitatis ratione actionem defendere, ubi jure ipso institor maneret, qui fuisset: multoque minus eo confugiendum fuit, ut diceretur nihil hic imputandum esse contrahenti, si vere institor esset is, cum quo contractum est: satis enim ipso jure tutus esset, qui contraxit, nec alia excusatione eum defendi oporteret. Et ne longius abeamus; debitores Sticho post mortem domini solventes, si ignorent dominum decessisse, dicuntur hic liberari. Neque ideo colligimus Stichum cui solutum est, qui vivo domino institor fuerat, etiamnunc post mortem ejus institorem manere. quia dicuntur liberari debitores utilitatis caussa: quo ipso verbo significatur non liberari eos stricta juris ratione. §. *recte, Inst. de mand.* Quod non alia ex re fit, quam quod mandato soluto amplius institor, aut procurator non est is, cui mortuo domino solvitur: ut jam verum sit debitores ei solventes nec creditori solvere, nec alii voluntate ejus. Quare etsi nunc dicitur dari actio ei, qui post mortem domini cum institore contraxit: tamen quia dicitur propter utilitatem dari, et ex æquo, vel hinc maxime colligi potest, eum cum quo contractum est, jam amplius institorem non esse. At enim illic dicitur institor is, cum quo post mortem domini contractum est: *non est*, inquit Ulpianus. *imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.* Sed dicitur eodem modo, quo paulo ante ab eodem in §. *si impubes*, dicuntur patris jam mortui institores, quos certe constat ejus, qui non est, institores esse non posse. Nempe utrobique institores ita, ut intelligantur qui ante fuerunt institores, iidem qui a vivente domino præpositi, postea ab illo revocati non erant. Quod nomen cum illis antea competierit: etiam nunc docendi caussa retinetur, ut intelligatur facilius, qui designentur: ut et alias dicitur insula, quæ ante fuit insula. *L. insula, in fin. infr. de acq. rer. dom.* et finita tutela tutor, qui ante fuit tutor, nunc non est. *L. si tutor post et L. si post, seq. infr. de tut. et rat. dist.* At etiam ex eo quod cum institore post mortem domini contractum est, illic dicitur dari actio: ubi institoriam significari intelligimus ex alio ejusdem Ulpiani loco, nempe *L. 5. §. ult. infr. de inst. act.* Quomodo inde institoria, si non est institor, cum quo contrahitur? Et institoria hic dicitur, quia datur ex ejus contractu, qui etsi institor non sit, tamen utilitatis
14 caussa pro institore habetur. ✝ Mortuo domino non manere institorem volumus, idque ipso illo loco, qui contrarius putatur, efficitur, ut ostendi; et in specie ejus loci eum qui vere institor non sit, nihilominus pro institore haberi verum est. Sed jam hic nobis occurritur. Quid enim refert, utrum vere quis sit institor, an eum dederis summo jure institorem non esse, tamen utilitatis caussa: idest, effectu pro institore habeatur? Sane vero nihil admodum referret, si ubique post mortem domini pro institore esset, qui prius institor fuerat. Sed qua in re, quibusque in negotiis habeatur ab Ulpiano pro institore, et quamobrem videndum est. Hæc res planum faciet in debitoribus liberandis et pecuniis defuncti alienandis, de quibus nunc agitur, eum pro institore haberi non debere: eoque nec Ulpiani sententiam huic loco ulla ex parte adversari. Quid ergo? mortuo domino tribuitur institori, ut pro institore recte gerat, quod factum heredibus noceat. In summa, ut contrahendo se obliget, atque hinc una obliget etiam defuncti heredes: neque id tamen ex omni negotio, cui sit præpositus; sed ex eo solum, ex quo sint mutuæ obligationes: ut quemadmodum ipse eo contractu obligatur alteri, sic et eum vicissim sibi obliget, aut ex ea caussa prius ab eo quid accipiat, atque ita efficiatur hæc caussa, cur heredes teneantur ex contractu institoris, quia institor prius ex eo contractu quid acquirat, quod ad heredes redeat, et prosit heredibus: nec sit in eo quod ei qui cum institore quamvis sciens contrahat, possit imputari. De contractu institoris, quo heredes obligentur, aperte verba concepta sunt. Ait enim Ulpianus, si cum institore contractum sit: in heredem dari actionem. Nec dubium est, quin ipse institor prius eo contractu ex sua persona teneatur: ut et ex contractu suo tenetur magister, etsi ex eo contractu proposita est edicto actio exercitoria in exercitorem, *L. 1. §. est autem. L. 5. §. pen. infr. de exer. act.* De genere negotii, in quo heredes ex contractu institoris teneri velit, significat, cum ait, actionem dari *propter utilitatem promiscui usus.* His enim verbis declarat huic actioni solum locum esse in iis caussis, in quibus usus est promiscuus. Usum non rerum, sed institoris intelligere debemus. ✝ Est autem in contractu promiscuus 15
usus institoris, cum in eo contractu promiscue, idest, pariter, mutuo, ac veluti permixtim (id enim promiscui verbum significat) utuntur institore ii, qui eo contractu obligantur et obligant: idest, tam contrahentes qui sibi inde heredes obligatos habent, quam heredes ipsi, qui his obligantur. Quod in his contractibus solum contingit,

in quibus mutuæ sunt obligationes, ut emptionibus, venditionibus, locationibus. Itaque si proponas institorem præpositum mercibus emendis, et mortuo domino emat; si mercibus vendendis, et mortuo domino vendat: si redemptionibus exercendis, et mortuo domino opus faciendum redimat: in his omnibus ex supra scriptis verbis actio in heredem dabitur. Atque hoc apertius expressit Ulpianus in §. *ejus, seq.* cum hanc actionem dat nominatim in persona institoris mercem exercendis. Jam cur in his potius negotiis quam in cæteris placeat mortuo domino ex contractu institoris teneri defuncti heredes, caussæ ab Ulpiano redditæ spectentur. Hæ duæ sunt. Prior hæc: In heredem, inquit, actio dabitur *propter utilitatem promiscui usus.* Promiscuum usum intelligit, quem dixi. Utilitatem autem accipere debemus non publicam, quæ versetur in commerciis; sed privatam, quæ percipitur ab his qui in contractu utuntur opera institoris, idest, et qui cum eo contrahunt; et heredes ad quos hujus quoque contractus redit utilitas (nam ad hos quoque præcipue utilitas redit, ut quorum negotium geratur ab institore: quo nomine non minus et illi adversus eum habeant negotiorum gestorum actionem, quam dominus, si viveret, *L. 1. infr. de Inst. act.*) Atque hoc sentit Ulpianus: cum in hoc contractu sic institoris opera promiscue utatur heres, ut simul ejus usus utilitas ad eum quoque pertineat: æquum esse, ut et ipse ex eodem contractu teneatur. In quo aliis verbis intelligitur expressisse id quod traditur regula juris, *ex qua persona quis lucrum capit, ejus et factum eum præstare debere. L.* ex qua persona, *infr. de reg. jur.* Idque ipsum est, quod de ratione actionis institoriæ etiam ex contractu veri institoris adversus dominum introducendæ idem Ulpianus scripsit in *L. 1. infr. de inst. act.* æquum prætori visum esse, sicut commoda sentimus ex contractu institorum, ita etiam obligari nos ex contractu ipsorum, et conveniri. Altera ratio addita est in §. *ejus seq. non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.* Quæ ratio huc spectat. Diceret enim aliquis non esse mirum, si contractu cum vero institore interposito obligetur dominus institoria: quia tunc nihil est quod imputari possit ei, qui voluntate domini contrahat. Idem etiam recipi potest in eo, qui mortuo domino contrahat cum institore, ignorans dominum decessisse. *L. 5. §. ult. infr. de inst. act.* At non idem videtur dici posse in eo, qui dominum decessisse non ignorans contrahat: imputet enim sibi, qui sciens cum illo qui institor non erat, contraxerit: quandoquidem non fraudantur, qui sciunt: nec certiorari debuit, qui non ignoravit. *L. nemo videtur, infr. de reg. jur. L. 1. in fin. infr. de act. em.* Ne quis igitur ea objectione moveretur, addidit Ulpianus hanc non tam rationem, quam occupationem, ut diceret non esse imputandum ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore mercem exercente contrahat. Ubi de merce dixit potius quam de alia re, cui institor sit præpositus, ut significaret illam utilitatem promiscui usus, de qua prius locutus erat, quæ est in mercibus vendendis emendisve, pertinetque ut ad contrahentem, sic et promiscue ad heredes: ita tamen ut dum in contractu sit promiscua obligatio, et hinc promiscua utilitas contrahentis et heredum, nihil referat. Sed cur non est imputandum ei, qui cum institore mercem exercente licet sciens contrahat? Primum, quia unusquisque cogitur contrahere urgente rei familiaris necessitate, vel ut sibi ab his, qui publice vendunt, comparet; vel ut his, qui publice emunt, recte et facile vendat. Deinde quia ei vitio verti non debet, si eum, qui publice in negotiatione exercenda manebat, cui erat præpositus, putavit id facere voluntate heredum, et eorum ad quos ea res pertinebat. Hoc quidem in rem heredum esse constat, quod institor mercem exercet. Et quia in rem: credibile est heredes hoc animo esse, ut velint uti eodem institore, et si de eo consuluntur, non modo illos eum institorem passuros, sed etiam ultro expetituros fuisse: præsertim cum hoc accedat, ut cum possint, eum non removeant. Nam si nolebant eo uti, removere debuerunt. Quod de heredibus dico, hoc et de heredum pupillorum tutoribus, aut de furiosorum curatoribus intelligendum est; estque in illis hæc ratio reddita ab eodem Ulpiano in *L. sed si pupillus, in pr. infr. de inst.* Et vero institorem removere statim heredes, eorumve tutores aut curatores possunt vel ante aditam hereditatem, si deni operam, ut dum deliberant, interdicatur institori a magistratu. Si non inquisiit diligentius qui contrahebat, ne hoc quidem illius culpæ imputandum est. Nam enim debuit in re aliena esse curiosius. *L. doli, in fin. infr. de novat.* His de sententia Ulpiani in *d. L. si quis mancipiis, §. si impubes, et seq.* cognitis, licet jam intelligere, convenientne ejus sententiæ putare, institorem, ut vivo domino potuit pro potestate, sic et eo mortuo posse debitores liberare pecunias ab his accipiendo, vel eas credendo alienare. Tantum vero abest, ut ei sententiæ consequens

sit; ut his, quæ diximus, liquido efficiatur, in his posterioribus neqnaquam idem probandum esse; atque adeo repugnare omnino Ulpiani sententiam, ne idem admittatur non tantum in Sticho, qui pecuniis fœnerands hoc loco præpositus est, sed etiam in eo ipso institore, qui mercibus sit præpositus, de quo ille agit; ne quis forte horum locorum dissimilitudinem in persona institorum, non in eorum factis versari existimet. Nam si recte attendimus, superiorum hæc summa est, quam et ante indicavi; institorem post mortem domini in ea re cui præpositus est, posse hoc modo nocere heredibus, ut contrahendo eos obliget; sed ita, ut in eo Ulpianus duo in summa exigat. Primum, ut quod facit institor, ex quo obligatio nascitur, ejusmodi sit, quod per se consistat ex persona institoris, quodque ille suo jure facere potuerit, etiam si de heredibus obligandis non ageretur. Alterum, ut caussa sit, cur in hoc contractu factum institoris heredibus noceat. Eaque ab illo statuitur duplex. Una, si ex eo quoque contracto vicissim alter obligetur institori, aut ex ea caussa prius institor quid accipiat, quod acquirat heredibus, quo efficiatur utilitas illa promiscoi usus, quæ ab illo nominatur. Altera est, ne sit, quod cum institore contrahenti imputetur: quod fit, dum is qui contrahit necessitate aliqua rei familiaris adigitur ad contrahendum; nec quidquam illi proponitur, cur non volentibus heredibus institor publice mercem exerceat. Videamus, quid horum dici possit in iis, de quibus hic agitor. Ac primum quid in debitoribus, qui scientes solvunt, ab institore liberandis, quando de his prius agitur. Et non modo in his nihil eorum est, quæ supra scripta sunt, sed sunt etiam omnia contraria. Ut institor post mortem domini pecuniam a debitoribus accipiendo eos liberet, nihil est in eo, quod suo proprio jure possit facere, ut id ex ipsius persona per se consistat, quo facto deinde heredibus noceat. Obligatio enim aliena est, et solus jure suo potest liberare, qui est creditor. Tum autem in ea solutione non versatur utilitas promiscua solventium, et heredum, sed solum debitorum; si quidem eos ista solutione liberari poneremus. Nam hi liberantur; at hoc facto heredes actionem et obligationem amittunt. Postremo in promptu est, quod his objiciatur, si cum scirent dominum decessisse, institori solvant. Nam quæ necessitas cogit eos id facere? Nulla omnino neque juris, neque rei familiaris. Non juris; cum institor mandato morte domini soluto nullam actionem ad pecuniam exigendam habeat. *L. naturalis*, §. *ult. infr. de præscr. verb.* *L si pupilli*, §. *ult. supr. de neg. gest.* Non rei familiaris; cum si usurarium debitum non fuit, utilius fuerit debitoribus pecunias apud se retinere, quibus interim uterentur; sin pecunia fuit fœnebris et debitores usuris liberari vellent, potuerint tuto solvere heredibus quibus debebant, quod prius obligatione per servum quæsita defuncto debuerant; aut si neminem haberent, cui solverent, potuerint apud magistratum pecunias obsignare et deponere, ubi ille jusserit: qua ex re ut obligatione, sic omni periculo debitores essent liberati. *L. acceptam. C. de usuris.* Quæ si ita sunt; non potest in dissimilibus atque adeo contrariis caussis, quin aliud statui debeat. Nocetur quidem pariter heredibus ab institore, sive is contrahendo heredes obliget, sive pecuniam accipiendo, debitores hereditarias liberet: sed ut heredes contrahendo obliget, certis de caussis, quas diximus, constitutum est. Hæ cum cessent in debitorum solutione, sive faciendi jus, sive utilitatem facti, sive solvendi necessitatem spectes; non mirum, si scientes debitores, mortuo domino, institori solventes, ea solutione heredibus non nocere dicimus. Neque id magis statuitur hoc loco, quam efficitur Ulpiani illa sententia, quæ est de contractu institorum; cum ut in pari ratione jus idem: *L. illud, supr. ad leg. Aqui.* sic rationibus iis, quas ponit, cessantibus et contrariis inductis, diversum statui oporteat. *L. quod dictum, supr. de pact.* Itaque quamvis proponas Stichum hunc, de quo agitur, mercibus exercendis a domino fuisse præpositum, et vivo domino multa nomina contraxisse: tamen si post mortem domini ei solvant debitores, cum scirent domini esse mortuum; dicemus non magis eos liberari, quam liberantur hi, qui cum Sticho pecuniis fœnerandis præposito, dum dominus viveret contraxerunt; deinde mortuo domino scientes institori solverunt, de quibus hic responsum est; scilicet quia in horum omnium solutione cessant eæ rationes, quibus fit, ut qui cum institore post mortem domini contrahunt, heredes domini obligent. De pecuniarum a Sticho post mortem domini creditarum alienatione major dubitatio est. Quid enim, an non cum Stichus Calendario præpositus est in pecuniis fœnerandis versatur utilitas promiscui usus, quæ pariter et ad debitores, et ad heredes pertineat? Omnino vero hic quoque versatur. Nam et debitores pecuniam mutuam accipiunt, quæ ipsis prosit, et vicissim usuram pendunt, quæ ad heredes redeat. Neque vero est, cur magis imputetur debitoribus, quod pecunias ab institore Calenda-

rium exercente mutuas accipiant, quam mercium emptoribus, quod ab institore mercem exercente merces emant; cum debitores sæpe multo magis pecunia ad res necessarias indigeant. Cur non ergo institur pecuniæ exercendæ præpositus pecunias domini post mortem ejus publice exercendo, easque credendo æque heredibus noceat, ut pecunias alienet, quo facto et usuras heredibus acquirat? Nempe quia in pecuniis exercendis omnia alia concurrunt, cur eas exercendo videatur institor non minus nocere posse heredibus, quam is qui mercem exercet. Unum deest, in quo maxime potestas nocendi spectatur; quia prius est, ut institor suo jure quid faciat, quam ut inde fiat conditio heredum deterior. Neque enim si quid suo jure ab initio in rem heredum faciendo, ex eo per consequentiam illorum conditionem deteriorem facere potest; ideo hoc in contrarium valet, ut possit nullo jure deteriorem conditionem heredum ab initio facere, ut deinde ex eo aliquid acquirat heredibus. Mortuo domino potest institor eandem negotiationem cui præpositus erat, exercens contrahere cum aliis consensu; quia hic consensus natura est in institore. Et si quid erit in eo, quod institorem obliget, consequens erit, ut id quoque heredibus noceat, si prius ex eo contractu heredes lucrum faciunt. At non item potest institor mortuo domino pecuniam suo jure alienare, rem nimirum non suam, et quæ heredum esse cœperit; a quibus invitis dominium recedere non potuit *L. si ego, §. 1. infr. de jur. dot. L. id quod nostrum, infr. de reg. jur.* Quapropter etsi ea alienatione futurum sit, ut mutuo contracto, inde usuras dominis pariat; tamen non eo magis alienabit; quia initium ex persona et facto institoris non constitit. Ex quibus apparet, quod supra attigi non personas institorum, aut species negotiationis, sed in his negotiationibus facta institorum esse distinguenda. Hæc in summa sunt tria; quæ quidem domino noceant. Aut enim contrahunt, et se ac dominum obligant; aut pecunias exigunt, vel accipiunt ad debitorum liberationem; aut res vel pecunias domini alienant. Primum facere potest institor, quamvis mortuo domino, si erit ad contrahendum præpositus, et in eo contractu versabitur utilitas promiscui usus. Duo posteriora mortuo domino non potest, quantumvis ea sit præpositio, ut vivo domino utrumque facere potuerit; Vel quia in quibusdam ex his factis non est promiscua utilitas heredum, et eorum cum quibus res geratur; vel quia est, quod objiciatur gerentibus, si quid eorum, scientes dominum mortuum, cum institore gerant; vel si nihil aliud, certe quia illa institor suo jure a principio facere non potuerit, ut per se consisterent. Quid ergo? institor post mortem domini mercem exercens, si mercem vendiderit, et tradiderit, dominium ejus non transferet? Non puto magis eum transferre, quam potest pecunias alienare is, qui Calendario erat præpositus, etsi merx olim defuncti fuerit: hæc enim mortuo domino cœpit esse heredum, a quibus invitis, ut dixi, non possit recedere dominium. Sed tamen si a se venditam institor tradiderit: consequetur emptor adversus heredes ope exceptionis, ut rata sit venditio. Nam etsi merx tradita non esset: ultro tamen haberet actionem emptos adversus heredes, ut eam traderent; effectum est enim, in eos ex eo contractu actionem dari. *d. L. si quis mancipiis, §. si impubes, de inst.* Quare si ei tradita erit, multo magis adversus vindicantem habebit exceptionem. *L. vindicantem, infr. de evict. L. inritus, §. 1. infr. de reg. jur.* Si is qui pecunias post mortem domini creditas ab institore accepit, ejusmodi aliquam obligationem acquireret adversus heredes de pecuniæ dominio in se transferendo, haberet et ipse ad pecuniæ creditæ retentionem exceptionem. Nunc autem debitur pecunia mutua accepta obligatur, non etiam creditorem sibi obligat. Ideo nec exceptionem ullam habet ad pecuniam retinendam adversus heredes, qui cum eo nihil gesserunt; nec illi tenentur. Exposui, quid sentirem de potestate ut procuratoris, sic institoris, quæ esset mortuo domino: accommudate quidem ad sententiam; *L. si quis mancipiis, §. si impubes, et §. seq. infr. de inst.* sed tamen quod necesse esset ad explicationem hujus responsi. Ex quo intellectum est, utrumque verum esse, quod Africanus hic sumit: nimirum et in procuratore, cui negotium datum est alicujus rei transferendæ, mandatum morte domini finiri, ut eo mortuo jam amplius res a procuratore vel sciente vel ignorante transferri non possit: et huic procuratori similem esse in proposito institorem Stichum: ut quamvis a domino manumissus non esset, tamen sola domini morte finiatur ejus præpositio: solutaque omni vetere potestate, non possit debitores liberare; multoque minus pecunias alienare pro parte coheredum. Ex quibus efficitur id, quod de pecuniis probandum susceperat, has videlicet non esse creditas: de quo subjicit.

QUARE SI NULLA STIPULATIO INTERVENISSET) Recte colligit, si pro parte coheredum pecunia alienata non est, pro eorum parte *creditam peti non posse*. Nam ut pecunia fiat credita; idest, ut sentit, mutua, dantem dominum esse oportet, et pecuniam fieri accipientis. *L.* 2. *§. appellata, et §. ult. supr. eod.* Si pecunia credita non est, perspicuum est, ut creditam peti non posse. Hinc etiam consequens est, quod addit, *nec pignora teneri*. Obligatione enim sublata, pro qua pignus obligetur, pignus intelligi non potest: cum pignus nihil aliud sit, quam res pro debito obligata. *§. item Serviana, Inst. de act. L. res hypothecæ, infr. de pig.* Atque hoc de pecunia credita generaliter dixit Africanus, hanc pro parte coheredum peti non posse. Num ergo generaliter id et sine exceptione dictum accipiemus? Quid enim, si pecunia postea bona fide consumpta sit? quid si coheredes re cognita pecuniam adhuc exstantem vellnt debitoribus pro sua parte esse creditam? an ne sic quidem pro eorum parte ut credita peti poterit? Ego vero utroque casu peti posse arbitror, neque sententiam Africani refragari. Observandum est enim, quod dicit, pecuniam pro parte coheredum non posse peti, hoc illum dicere ex hypothesi, et ex eo colligere, quod pecunia credita non esset alienata. Fingamus alienari, et ad debitores pervenire. Quæ ratio prius adversus coheredes fuerat, hæc in contrarium mutata dabit scilicet aut Sticho aut coheredibus condictionem. Ut autem pecunia alie-
16 netur, aut pro alienata habeatur, superioribus duobus modis contingit. † Faciamus ergo pecuniam a debitoribus bona fide esse consumptam. Si id eo tempore accidit, quo Stichus status sui adhuc ignarus hereditati aut coheredibus acquirere potuit (ut eum posse infra scriptum est) non dubito, quin ea consumptione nascatur condictio, quæ per Stichum hereditati, aut coheredibus acquiratur. Constat, si quis pecuniam alienam mutuam det vel suo nomine, vel simpliciter, nummis consumptis, quasi conciliato mutuo, nasci condictionem. *L. rogasti, §. ult. L. nam etsi, supr. eod. L. si quis pro eo, §. si nummos, infr. de fid.* Cur non ergo et in proposito nummis consumptis condictio ex numeratione nascatur? nasceretur enim sine dubio, si Stichus pecuniam initio alienasset. Consumptione autem factum est, ut pecunia videretur facto Stichi ad eos, qui acceperant, pervenisse: idest, ab eo in hos translata esse. *L. non omnis, §.* 1. *supr. eod.* Non me movet, quod Stichus cum pecuniam dabat, non fuit hoc animo, ut suo nomine daret: cum putaret se adhuc servum esse, et opinione sua rem domini sui ageret. Nam nec tunc, cum stipulatur eam pecuniam sibi reddi, suo nomine stipulatur, aut eo animo est, ut sibi acquirat, vel heredibus domini, quem adhuc vivere existimat. Et tamen nihilominus stipulationem vel hereditati acquirit, vel coheredibus, ut Africanus paulo post respondet. Quare et pecunia, quam crediderat, consumpta, condictionem ex ea numeratione similiter acquiret: quamvis ab initio non fuerit hac mente ut eam suo nomine crederet. Neque, cum hoc casu dicemus pecuniam pro parte coheredum ut creditam peti posse, quidquam adversus ejus sententiam faciemus. Negat enim ut creditam posse peti, rebus integris, et in eodem stato adhuc manentibus: idest, quandiu pecunia alienata non erit. Porro pro alienata haberi incipit consumptione, et quidem ita, ut non minus placeat consumptis nummis condictionem nasci, quam alienatis. Quid, si pecunia consumpta sit tunc, cum jam Stichus actionem coheredibus acquirere non posset: puta, cum aut ille jam de suo statu certior factus esset, aut coheredes scissent illum sibi coheredem datum? Dicendum est nihilominus condictionem nasci: sed quam ille coheredibus acquirere non potest, ipsum acquirere sibi. *L. qui bona, §. generaliter, L. homo liber, §. ult. infr. de acq. rer. dom.* Quo casu Sticho condici potest, quod ex ea caussa consecutus fuerat. *L. pen. infr. de stip. ser.* aut rebus integris cum eo agi, ut actionem cedat. *L. quod debetur, infr. de pecul.* Hæc de pecunia consumpta.

Quid si † exstabit; coheredes autem cre- 17
ditum ratum habeant? Si quidem hoc dicunt velle se, ut pecunia apud debitores qui eam acceperunt, pro sua parte maneat credita, et hoc debitoribus placet: dubitari non debet, quin pecunia fiat illis credita, et ut credita pro parte coheredum peti possit. Nihil enim hic deest ad novam obligationem mutui. Consentiunt inter se creditores et debitores, ut pecunia mutua fiat. Pecunia quæ coheredum fuerat, hoc consensu fit debitorum. Hæc ad mutuum contrahendum satis. *L.* 2. *§. appellata, et §. ult. supr. eod.* Nihil ad rem pertinet, quod coheredes eam pecuniam non tradiderunt. Cum enim esset pecunia apud debitores: sola dominorum voluntas satis fuit ad dominium transferendum. *L. qua ratione, §. interdum, infr. de acq. rer. dom.* eoque et ad mutuum contrahendum. *L. certi, §. ult. supr. eod.* Nec obstabit hoc casu coheredibus,

responsi hæc est: Si stipulatio Stichi utilis est (potest enim Stichus stipulari inutiliter: quod fit, si nominatim Titio domino suo stipuletur) posse actionem ex ea stipulatione coheredibus utroque tempore acquiri, et cum Stichus stipulatus est, nondum quæsita coheredibus hereditate, et post quæsitam ab his hereditatem. Sed dissimiliter. Nam priore tempore semper acquiri; posteriore, non item. Priore casu semper actionem acquiri coheredibus Africanus significat, cum ait per id tempus Stichum status sui ignarum acquirere hereditati. Sic enim evenire necesse est, ut per hoc etiam coheredi postea facto acquiratur. *Inst. de stip. ser. in pr.* Hereditate autem jam coheredibus quæsita, si Stichus stipuletur, vult etiam illum bis acquirere; sed hac conditione, si coheredes Stichum sibi coheredem datum esse ignorent. Nam si sciant; malæ fidei possessores esse. quibus secundum regulas juris per liberos homines acquiri nihil potest. Ignorantibus vero ita per Stichum acquiri, ut et ipsi si ejusdem conditionis coheredes sint, invicem Sticho bona fide servire videantur, eique acquirant. Quod ait de stipulatione utili et inutili; quod ait item Stichum acquirere hereditati, aut heredibus se heredes esse ignorantibus, quorum nemo neque Stichum possideat, neque adeo animum ejus possidendi habeat; quod adjicit etiam in extremo, coheredes qui ejusdem conditionis sint, simul invicem sibi servire. quasi qui Stichum possideant, hi ab ipso Sticho possesso possideantur: hæc sunt, quæ in hac sententia dubitationem habent; de quibus ad ipsa verba Africani commodius dicemus.

PROCUL DUBIO INUTILITER ESSE STIPULATUM) Hoc eo pertinet, ut intelligamus hoc casu actionem ex hac stipulatione coheredibus acquiri non posse; de quo quærebatur. Palam est enim ex stipulatione inutili acquiri nihil posse, neque stipulanti,
19 neque aliis. ┼ Inutilem autem esse ait hanc stipulationem, qua Stichus *nominatim Titio domino suo mortuo jam dari* stipulatur; propterea quod est impossibilis. Mortuo enim per rerum naturam dari non potest. Impossibilium autem nulla obligatio est. *L. impossibilium, infr. de reg. jur.* Et quidem impossibilem esse hanc inter omnes convenit, eoque et inutilem, qua quis Stichum, qui jam mortuus erat, dari stipulatur. *L. si homo infr. de verb. oblig.* Porro non magis mortuo dari potest, quam mortuus dari. Quod ait, *Titio domino suo mortuo jam*, sic accipi debet: quasi dixisset, domino suo, qui jam mortuus erat; ut sint hæc verba non stipulationis, sed Africani declarantis se loqui de domino, qui jam esset mortuus. Nam etsi quis simpliciter stipuletur nominatim Titio dari, si Titius mortuus est: æque stipulatio est inutilis. *L. si servus communis, §. servus capto, infr. de stip. ser.* Quippe æque verum est, stipulantem mortuo dari stipulatum, nec magis huic Titio per rerum naturam dari posse, quam si de mortuo expressum esset. Et in hujusmodi stipulationibus non conceptio stipulationis, sed præstatio impossibilis inutilem facit stipulationem. Denique sic hic dixit Africanus, *Titio domino mortuo jam* ut Inst. *de inut stip. in pr.* dicitur stipulatio esse inutilis, cum quis stipulatus fuerit rem quæ in rerum natura non est, et adjicitur: *veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat:* ubi stipulatorem de mortuo nihil addidisse in stipulatione perspicuum est, cum eum vivere crederet.

QUOD SI SIBI DARI STIPULATUS ESSET) Cum dicit hereditati acquiri, si Stichus sibi dari stipulatus esset, prius hoc statuit Stichum sibi dari utiliter stipulatum esse: ex inutili enim stipulatione nihil acquireretur. Cur ergo hæc potius utilis stipulatio, quam, cum Titio domino suo stipulatur: cum sibi stipulando vi ipsa domino stipulari intelligatur? *L. 1. in pr. et §. quod servus, infr. de stip. ser.* Nam alioqui nisi ex persona domini stipulatio non valeret. *Inst. de stipul. ser in pr.* Et multum interest, utrum servus infinite stipuletur domino suo, an nominatim Titio domino, cum Titius jam decessisset. Cum infinite stipulator domino: semper est aliquis, ex cujus persona stipulatio consistat. Semper enim servus aliquem dominum habet: si non eum qui mortuus est, at heredem: si non heredem, at hereditatem: hæc enim pro domino habetur. *L. non eo minus, §. 1. infr. de her. inst. L. hereditas in multis, infr. de acq. rer. dom.* At cum stipulatur nominatim Titio domino, qui mortuus est, non reperitur persona, in qua consistat stipulatio: si quidem mortuo acquiri non potest; aliis potest; sed his Stichus non est stipulatus. Qui uni alicui nominatim stipulatur, soli ei acquirit, si potest; si non potest, nihil agitur: veluti si servus nominatim alii stipuletur, quam domino. Nam nec extraneo acquirit, quia jus prohibet; nec domino, quia non vult. *L. proinde. §. 1. L. si ex re, §. sicuti. L. servus alienus. infr. de stip. ser.* De eo qui sibi dari stipulatur, exempli caussa dictum est. Cæterum etsi impersonaliter Stichus stipulatus fuerit, non minus stipulatio valebit. Perinde est enim, quasi sibi stipulatus esset, aut etiam

indefinite domino. *L.* 1. *in pr. L. sive, infr. de stip. ser.* §. 1. *Inst. eod.*

DICENDUM HEREDITATI EUM ACQUISISSE) Hereditatis verbo hic accipere debemus, non totam hereditatem quæ defuncti fuit, quasi et pro parte Stichi hereditaria hereditati acquiratur; sed eas partes, quæ Sticho jam herede facto solæ hereditatis nomen proprie retinent. Eæ sunt autem reliquorum coheredum partes, quæ ab his aditæ non sunt. Nam de non adita hereditate Africanus hic loquitur, ut adversativa sequens indicat: *post aditam vero hereditatem.* Itaque est hic sensus: Si Stichus sibi stipulatus sit, cum acquirere his partibus hereditatis, ex quibus alii heredes instituti sunt, quæ ab illis nondum sunt aditæ. Quod non eo dicimus, quia Stichus cum sibi stipulatur non acquirat pro sua quoque parte, aut quod hereditas ἀνχΦορικᾶς non sæpe dicatur, quæ adita est; sed quia quod Stichus pro sua parte acquirit, non possit dici acquirere hereditati; etsi maxime quis concedat pro ea quoque parte nomen hereditatis manere. Heres enim factus cœpit et pecuniæ hereditariæ dominus esse pro portione hereditaria: ut quod de ea pecunia sibi stipulatur, palam sit, cum pro hereditaria parte ex re sua stipulari. Porro quod liber homo ex re sua acquirit, id alii non acquirit, sed sibi, *L. acquiruntur*, §. *ult. L. liber, infr. de acq. her.* Non ergo hereditati. Neque enim acquirit duobus, sed uni. Nisi quis dicat hereditatem sustinere personam heredis; quod non placuit. *L. hereditas enim, infr. de acq. rer. dom.* Cur ergo simpliciter dixit Africanus, Stichum acquirere hereditati, quod stipulatur: cum intelligeret acquirere eum iis partibus hereditatis, quæ nondum aditæ sunt; atqui id non expressit? Fecit id ex verbi propria significatione: quoniam in his partibus coheredum quæ nondum aditæ sunt, solum hereditatis nomen proprie consistit.

20 † Verum est enim, quod vulgo traditur, hereditatem quæ semel heredi quæsita sit, hereditatis nomen amittere. Neque id difficile est intelligere hoc argumento. Hereditas enim, quæ quidem proprie ita dicitur, pro domina habetur. *L. non minus*, §. 1. *infr. de her. inst. L. hereditas in multis, infra de acq. rer. dom.* At semel heredi quæsita, ei pro domina nec est, nec esse potest. Constat enim heredem ex eo tempore incipere esse dominum, et in jus omne ac locum defuncti succedere. *L. heres in omne, infr. de acq. her. L.* 1. 2. *et* 3. *in pr. infr. de bon. pos. L. quædam*, §. 1. *supr. de eden.* Nec potest ille esse dominus, quin simul hereditas domina esse desinat. Alioqui ejusdem patrimonii duo in solidum domini sint; quod jus non patitur. *L.* 5. §. *ult. infr. com.* Ex quo efficitur hereditatem ex eodem tempore desinere esse hereditatem: et sicubi adhuc nominetur hereditas, eo dici, ut demonstretur ea, quæ prius fuit, non quæ nunc est. Neque obscure id colligitur ex hoc loco. Nam si Africanus intelligit, quod Stichus stipulatus sit, id eum etiam pro parte sua acquirere hereditati, quam ipse jam acquisivit; non debuit dicere, acquirere eum hereditati ex re hereditaria, quod postea facit. Pro sua enim parte acquirit sibi non solum ex re hereditaria, sed etiam ex re qualibet alia, quamvis maxime aliena, dum non sit res ejus cui bona fide servit. *d. L. acquiruntur*, §. *ult. L. liber. de acq. rer. dom.* Non dubium est igitur, quin Africanus, hoc sentiat; Si Stichus pecuniam a se creditam stipulatus sit acquirere eum his partibus hereditatis, quæ coheredibus delatæ, nondum ab illis aditæ sunt. Sed an his in totum acquirit, quod stipulatus est? Nam hic nihil excipit, ut possit quis existimare, quod Stichus stipulatus est, id eum etiam pro parte sua hereditati acquirere: idest, alii quam sibi. Sic enim scribit: *quod si sibi dari stipulatus esset: dicendum, hereditati eum acquisisse.* Sed quid sentiat, mox ostendit, cum ait, per Stichum *hereditati ex re hereditaria acquiri*, Acquirit ergo ille hereditati, si sibi stipulatus sit: sed quatenus stipulatus erit *ex re hereditaria:* idest, ea quæ pertineat ad hereditatem nondum aditam, eam ipsam videlicet, cui acquirit; non etiam ex ea, quæ illi jure hereditario pro portione jam sit quæsita; quæ postquam quæsita est, pariter hereditaria esse desinit; uti pars ipsa hereditatis, ex qua parte Stichus heres exstitit, et quæ pro portione singulas eas res continet, prius hereditatis pars esse desit. Sed eum velimus hanc stipulationem etiam Sticho pro portione ejus acquiri, utpote hactenus ex re ejus interpositam: cur Africanus de eo nihil dixit, sed tantum de coheredum portionibus? Quia certi juris erat, quod liber homo ex re sua, aut non ex re ejus cui bona fide servit, acquirat: id eum sibi acquirere. *d. L. acquiruntur*, §. *ult. L. liber. infr. de acq. rer. dom.* At non item expeditum est, an Stichus possit ex re hereditaria acquirere hereditati. Atque etiam justæ caussæ sunt, cur non videatur posse, ut mox dicemus. Ideo quod certi juri erat, prætermisit; illud quod erat dubium, solum posuit.

ITA HEREDITATI EX RE HEREDITARIA ACQUIRI) † At videamus, ne Sti- 21

chus liber factus, quantumvis olim defuncti servus, et nunc status sui ignarus, quantum vis pecuniam hereditatis stipuletur; non possit tamen secundum regulas acquirere hereditati. Si quis cui potest acquirere: aut domino potest, aut fructuario, aut bonæ fidei possessori. Non enim plura genera sunt eorum, quibus liber homo aut servus alienus acquirere potest, ut declaratur in *L. acquiruntur, infr. de acq. rer. dom.* Nemo ambigit in proposito hereditatem Stichi dominam non esse, aut in eo usumfructum non habere; cum liberi homines in nullius sint dominio; id enim solum servorum est. *L.* 4. *supr. de stat. hom.* Usufructus autem non sit, nisi in alienis rebus. *L.* 1. *supr. de usuf.* Quod ad possessionem attinet; possunt quidem liberi homines bona fide tamquam servi suo modo possideri: *d. L. acquiruntur,* §. *ult. infr. de acq. rer. dom.* Hæc enim possidere non potest; cum possessio sit corporis et animi: quorum neutrum in hereditatem cadit. *L.* 1. §. *Scævola. infr. si is qui test. lib. esse ius. er.* Quare omni ratione acquirendi remota, relinquitur hic per Stichum hereditati nihil acquiri posse. Dicet quis, non esse necesse Stichum possideri ab hereditate, ut ei acquirat; satis esse, si Stichus hereditati bona fide serviat. Nam primum Africanum hoc loco de hac acquisitione ita loqui, ut dicat ex re nostra per eos qui bona fide serviunt nobis acquiri: tum autem definitionem veterum in hæc ipsa verba conceptam exstare in *L. liber, et L. qui bona, infr. de acq. rer. dom.* Sed non videmur hoc responso multum profecturi. Nemo enim bona fide servit, nisi ei a quo bona fide possidetur, ut semper his etiam verbis possessio (jus, cui acquiritur, exigatur. Neque enim voluntas Stichi quidquam alteri tribuit, sed jus ejus cui acquiritur. Nullum autem jus est in eo, cui acquiritur, nisi aut dominus sit, aut fructuarius, aut bonæ fidei possessor. Possessio quidem bonæ fidei diserte exigitur in *d. L. acquiruntur,* §. *ult. de acq. rer. dom.* Et ne quis hic putet aliud sentire Africanum, is paulo post scribit, Stichum coheredibus scientibus ideo nihil acquirere, quia hi nec possidendi animum habeant: significans, si quis animum possidendi non habeat, huic nihil posse acquiri. Et fatendum est, per liberum hominem nisi possidenti, et bona fide pos-
22 sidenti acquiri non posse. † Sed possessorem hic accipere debemus, non eum qui vere pos sideat; alioqui nec per liberum hominem cuiquam acquiri posset, cum liber homo vere possideri non possit: *L. qui universas,* §. 1. *infr. de acq. poss.* sed eum, qui pro possessore habeatur. Talis est hereditas in rebus, quas defunctus possidebat; cum id agitur, ut ea possessio ad continuationem juris acquirendi hereditati, atque hinc heredi proficiat. Argumento est usucapio, quæ a defuncto cœpta, etiam ante aditam hereditatem impletur. *L. cœptam, L. nunquam,* §. *vacuum, infr. de usur. et usuc.* Atqui sine possessione usucapio non contingit: *L. sine, infr. de usur. et us.* hereditas autem non possidet. Sed perinde habetur, quasi possideret: ne alioqui possessionis interruptio cœpti juris damnum afferat. Unde et jure singulari receptum id esse dicitur. *L. justo* §. *nondum, infr. de usur. et usuc.* Quo exemplo recte dicetur et possessionem defuncti in Sticho prodesse posse hereditati ad jus acquirendi retinendum, quod ille dum viveret, habuit. Tantum exigitur ad eam possessionem, ne Stichus medio tempore ab alio possessus sit: nam alioqui nec ab hereditate possideri videatur. *L. possessio,* 20. *infr. de usur.* Ex quo apparet non male sentire Bartolum, qui ad superiorem objectionem diluendam ait, hereditatem proprie non possidere, sed quasi possidere: quod nihil aliud est, quam eam pro possidente haberi. Quod si ita est: recte Africanus comparat hereditatem eum iis, qui bona fide nobis serviunt. Etsi enim est in nobis animus possidendi qui in hereditate nullus est; tamen effectum est, jure singulari receptum esse, ne minus videatur hereditas possidere, cum de eo agitur, ut ei acquiratur per eos, quos defunctus possedit.

POST ADITAM VERO A COHEREDIBUS HEREDITATEM NON ÆQUE IDEM DICI POTEST) Stichus status sui ignarus omni modo hereditati acquirit: quia in hereditatem non cadit, ut possideat mala fide; coheredibus non item, quia possunt scire Stichum sibi coheredem datum: quod sit fit, mala fide possident: malæ fidei possessori per liberum hominem, aut servum alienum acquiri nihil potest. *L. qui bona, infr. de acq. rer. dom.* Cui ergo hoc casu Stichus condictionem acquiret? Et mirum est, Accursium et cum Accursio tam multos hic hærere; quasi non sit certissima juris sententia, quod liber homo acquirit, si possessori suo non acquirat, ipsum sibi acquirere? *L. liber, in pr. et in fin. L. qui bona,* §. *generaliter, infr. de acq. rer. dom.* Sibi ergo Stichus solidam actionem hic acquiret. At enim Stichus sibi stipulando non est hoc animo, ut sibi acquirat; sed domino, quem adhuc vivere existimat. Hac ratione in proposito qui moventur quid aliud sentiunt, quam superiorem regu-

tam juris in omni etiam alia acquisitione falsam esse? Nunquam enim qui se servum putat, aperte hoc animo est, ut sibi acquirat. Nihilominus sibi acquirere dicitur, si quid ad possessorem non pertinet. Verum ut istis quoque satisfiat. Qui bona fide servit, ita in eo errore hac mente est, ut ei quem dominum putat, acquirat; ut tamen quia id facit ideo, quod opinione sua servus est, tacite sub contraria conditione contrario animo esse intelligatur, ut si servus non est, sibi quæsitum velit: quæ et cogitatio solventis in Indebito soluto esse intelligitur. *L. si in area, infr. de cond. ind.* Sed pro parte coheredum Sticho condici potest, quod ex ea stipulatione consecutus fuerit. *L. pen. infr. de stip. ser.* Adversus eos qui pecuniam acceperunt, coheredibus, pecunia consumpta, nulla actio est. Si nummi adhuc exstant, pro parte coheredum vindicari possunt. *L. rogasti, §. ult. supr. eod.* His ablatis, si Stichus adversus debitores ex stipulatu agat, exceptione doli mali repelletur. *L. 2. §. circa, infr. de dol. mal. excep.*

UTIQUE SI SCIERINT EUM SIBI COHEREDEM DATUM) Ergo hoc heredes etiam extranei ignorare possunt, et nihilominus recte adire hereditatem. De his enim agit, qui hereditatem adierunt, quod solum est heredum extraneorum. *§. ult. Inst. de hered. qual. et diff.* Quod si hi hereditatem aliter adire non possent, quam si scirent Stichum sibi coheredem testamento datum: frustrà adderetur præcedentis sententiæ hoc sive temperamentum, sive correctio, *utique si scierint eum sibi coheredem datum:* quasi non recte definiretur in universum, post aditam a coheredibus hereditatem Stichum his acquirere non posse. Ergo licet extraneis heredibus hereditatem adeuntibus quædam ignorare, quæ testamento scripta sint. Atque ita fit etiam, ut non sit necesse his ad adeunda he-
23 reditatem testamenti tabulas legere. ✝ Quod si verum est: quomodo hoc convenire putamus eum vetere jure, quod temporibus Africani valuit, quo placebat hereditatem ante apertas tabulas testamenti adiri non posse? *L. unica. §. in novissimo, C. de cad. tol. L. 3. §. ult. infr. de her. inst.* Item eum eo quo etiam nunc utimur, quo fit, ut heredem hereditatem aditurum de jure suo certum esse oporteat, et maxime si sit testamento institutus? *d. §. ult. Inst. de her. qual. et diff. L. heres institutus, infr. de acq. rer.* Bene vero inter hæc convenit. Apertas olim tabulas ante omnia oportuit, et quidem ita, ut legi et cognosci oporteret, quid in his scriptum esset, ne frustra aperirentur. Sed non ideo fuit necesse, legi ab herede instituto, aut eo præsente tabulas recitari. Sic et heredem quemlibet scire oportet, se heredem institutum, et sibi hereditatem ex testamento deferri. Verum hoc non eo pertinet, ut scire debeat omnia, quæ in testamento scripta sunt. Satis est, si norit, quæ ad institutionem et jus suum pertinent. Quinimo et in his ejus certitudinem ita exigimus, ut satis sit eum vel per se et sua lectione, vel per alios qui testamentum legerint, et vera renunciaverint, de jure suo cognoscere. Argumento est, quod dicitur heres institutus pro herede gerere posse, etsi partem ex qua sit institutus, ignoret, *L. si quis extraneus, §. ult. infr. de acq. hered.* Item et quod de eo, qui pure institutus est, et se institutum cognovit, respondetur posse eum adire hereditatem, quamvis putet, se sub conditione institutum, si modo impleta conditione, quam injectam putavit, adierit. *L. sed etsi de sua, §. ult. infr. de acq. her.* Nam harum rerum, posterioris quidem certe ignorantia in eum non cadit, qui testamentum legerit.

QUOD FORTE IPSI QUOQUE EX NECESSARIIS FUERINT) Necessarios coheredes proponit, quod ut plurimum et facile in his accidat, ut a principio heredes domino exsistant, et tamen non solum Stichum sibi coheredem datum, sed etiam se heredes institutos esse nesciant. Exsistunt enim heredes statim etiam inviti; proinde et multo magis ignorantes. *Inst. de her. qual. et diff. in pr.* idque sive sint in assem instituti, sive ex parte tantum. *L. ex parte. infr. de acq. her.* Sed exempli loco de his dicit. Nam et extraneis heredibus usu venire potest, ut de jure suo certi recte adeant hereditatem, et nihilominus ignorent Stichum sibi coheredem datum, ut supra docuimus. Ideo dixit Africanus. *Quod forte*; significans se id ponere in his, non quod fuerit ad rem explicandam necesse, sed quod accidere soleat: quod quia soleat frequentius et facilius, eo fuit ad docendum aptius.

POTEST ADHUC IDEM RESPONDERI) Si unum ante dixisset, quod solum posset demonstrari, statim intelligeremus, quid vellet, eum ait, posse hic responderi idem. At duas sententias ante posuit de Stichi acquisitione, et eas contrarias. Primum dixerat, Stichum hereditati actionem quæsisse. Deinde negavit eum acquirere coheredibus, qui scirent Stichum sibi coheredem datum. Nunc subjicit, si coheredes id ignorent, posse adhuc idem responderi. Merito igitur dubitatur, ad utram ex prioribus illis sententiis hoc referamus. Utrom enim faciamus, ad senten-

tiam multum interest. Si ad proximam referimus: erit hic sensus: etsi coheredes ignorent statum Stichi, tamen nec his per Stichum acquiri. Si ad priorem: erit sententia contraria, his nimirum acquiri, ut prius per Stichum hereditati acquiri dixerat. Ad utram ergo referimus? Ad proximam, dixerit aliquis, ut est natura demonstrativorum, quæ proxima demonstrare solent, ubi aperte ad remotiora non referuntur, ut demonstrativum ille, illud. Quomodo et veteres quidam hunc locum sunt interpretati. Sed quominus id faciamus, contextus Africani et et ratio ipsa loquendi, et in primis Africani sententia quæ sequitur, refragantur. Si duas sententias de acquisitione Stichi prius Africanus aperte expressisset: non dubitarem rationem et consuetudinem recti sermonis hoc exigere, ut quod hic subjicitur, ad proximam referatur. Nunc autem unam tantum sententiam aperte posuit, ut diceret Stichum hereditati acquisiisse. De coheredibus cum agitur, non dicit Stichum his scientibus non acquirere, sed tantum in his non *æque idem dici posse*: ut appareat nihil hic aperte affirmari, sed quod dicitur, ad priorem sententiam referri. Quare cum nunc subjicit, si coheredes conditionem Stichi ignorent, *posse idem responderi*: primum contextus facit, ut utrumque illud, *idem*, quod est in posterioribus duabus sententiis, ad unam sententiam illam primam pariter referri debeat. Deinde recta ratio loquendi hoc dictat, ut cum una tantum sententia præcedat, quæ aperte expressa sit, si dicatur postea idem posse responderi, verbo, *idem*, non aliud demonstretur, quam quod ea sententia enuntia-
24 tum fuerit. † Sed præcipue atque adeo necessario, quæ sequuntur, eam sententiam flagitant, ut dicamus, si coheredes statum Stichi ignorent, similiter his per Stichum acquiri; ut ante aditam hereditatem dixerat, per eum acquiri hereditati. Hoc enim solo casu locum habet, quod ait, *hoc casu eventurum, ut si suæ conditionis coheredes isti servo habeat, invicem bona fide servire videantur*. Nam si posueris Stichum coheredibus suis quamvis testamenti ignaris non acquirere: dicendum est contra, neque Stichum illis bona fide servire, neque illos Sticho. Nisi vero quis cum quibusdam ex veteribus, quos Bartolus refert, dicat hæc verba, *quo quidem casu eventurum, ut invicem bona fide servire videantur*, interrogative legenda, et intelligendum id absurdum esse, eoque nec probandum. Quod merito displicuit. Si enim Africanus absurdum hoc putaret, debuit ita id subjicere, ut intelligeretur hoc eum subjicere probationis caussa, non illationis. Quod si probationis caussa id subjiceret ex absurdo, ita dicere debuit: nec ignorantibus coheredibus Stichus acquiret: alioqui *illud eventurum*, et quæ sequuntur. Jam vero hæc verba, *quo quidem casu illud eventurum*, ut sunt affirmantis, ita et illationem ex præcedentibus ductam aperte exprimunt. Sed hic oritur dubitatio circa acquisitionem. Non enim potest Stichus acquirere coheredibus suis, nisi his ipse bona fide serviat, et quod idem est, nisi ab his bona fide possideatur. *L. acquiruntur*, §. *ult. infr. de acq. her.* Quomodo autem possideatur Stichus a coheredibus suis, qui se heredes factos esse ignorant? neque enim possessio defuncti in heredes transit, nisi ab his naturaliter comprehensa: *L. cum heredes, infr. de acq. poss.* neque in hac ignorantia coheredes possessionem Stichi adepti sunt, aut etiam adipisci potuerunt. † Et quod de hereditate su- 25
pra diximus, hic de coheredibus post aditam ab his hereditatem respondendum est. Non proprie possidet hereditas: sed jure possessionis commodum illi tribuitur, cum de acquisitione, quæ fit per servos defuncti, agitur. Hac veluti possessione in hereditate constituta, necesse est evenire, ut eadem et in heredes transeat. Hereditas enim ut in heredem id tantum transfundit, quod est hereditatis: ita hoc ipsum saltem transfundit. *L. 1.* §. *Scævola, infr. si quis ei, qui, test. lib. esse jus. er. Inst. de stip. ser. in pr.* Et ideo ut possessio defuncti hereditati non aditæ, sic et hereditate adita heredi ad usucapionem pariter procedit. *L. possessio*, 20. *L. nunquam*, §. *vacuum*, *infr. de usur. et usuc.* Inde dictum, heredem et hereditatem unius personæ vice fungi. *L. heres. et hereditas, infr. de usur. et usuc.*

QUO QUIDEM CASU ILLUD EVENTURUM.) Si Stichus sui status ignarus intelligitur bona fide servire aliis ejusdem conditionis coheredibus, hoc ipso quod illi heredes sunt, et suæ quoque sortis ignari mala fide possidere non possunt: consequens est et Sticho ipsi adversus coheredes idem iisdem de caussis tribui, ut intelligantur et illi bona fide Sticho invicem servire: quia et Stichus æque pro parte heres est, et æque status sui ignarus, ut in eo malæ fidei possessio non magis metui possit. Sed habet hic casus plusculum difficultatis. Huic enim mutuæ servituti, seu acquisitioni pro uno incommodo, quod solum supra in acquisitione Stichi metuebamus, incipiunt duo incommoda obstare. Non enim tantum hic evenit, ut nemo coheredum alterum possi-

deat, quæ res per se sola acquisitionem impedire videbatur; sed etiam hoc accedit, ut si quem dederimus, videri alterum possidere, continuo efficiatur hunc ab illo altero non posse possideri: quoniam possidere non intelligatur, qui ipse possidetur. *L. homo liber*, §. *ult. infr. de acq. rer. dom. L. qui in servitute*, §. 1. *infr. de reg. jur.* Et obstat per se horum unumquodque acquisitioni, si veram possessionem in ea acquisitione requiramus: multoque magis si utrumque in eandem personam concurret, ut neque ipse alterum possideat, et hoc amplius etiam ab illo possideatur. Sed ut hereditati et coheredibus, quamvis Stichum vere non possideant, tamen jus veluti possessionem tribuit, quæ sit satis, quo illis per Stichum acquiratur: sic et in reciproca istorum acquisitione dicendum est, non posse quidem eos ita ab aliis possideri, ut vere invicem alios possideant: at jure fingi invicem possideri, ut et singuli finguntur alios possidere, quo invicem sibi acquirant:
26 quod et vulgo recte respondetur. † Nam illud recipiendum non est, ut dicamus ipsos sibi invicem servire, quomodo Africanus loquitur, quamvis a se ipsis invicem non possideantur. Si vere judicare volumus, multo minus potest dici liber homo bona fide servire hereditati, aut coheredibus, si adhuc dominum vivere existimat. Nam quomodo his servire dicendus est, qui liber est: aut quomodo bona fide, qui non est hoc animo, ut his serviat? Animus enim possessi et ejus opinio, non res ipsa hanc servitutem facit. Et quomodo opinione sua servire potest hereditati aut coheredibus, qui his adhuc locum esse non putat? Atque ut concederemus omnes hoc animo esse, ut invicem aliis servirent: tamen verum est illud, quod supra monuimus, nihil facere Stichi animum ad coheredibus acquirendum, nisi et coheredes proprio aliquo jure nitantur, quo illis acquiratur. Hoc autem non est aliud, quam ipsorum possessio, qua Stichum possidere existimantur. Ad hanc igitur possessionem semper nobis veniendum est. Idemque faciendum, et cum de coheredum acquisitione agitur, qua Sticho vicissim per eos acquiratur. Proinde quærendum, quam hic possessionem ejus cui acquiritur, intelligere debeamus. Illam vero dicimus intelligi, quæ vere non sit; sed quæ singulari jure ad hanc acquisitionem et in hereditate et in heredibus esse fingatur.

Ad L. *Si ego.* Ult.

Celsus *lib.* 6. *Digestorum.*

Si ego decem stipulatus a Titio, deinceps stipuler a Sejo quanto minus a Titio consequi possim: si decem petiero a Titio, non liberatur Sejus. Alioquin ne quicquam mihi cavetur. At si judicatum fecerit Titius, nihil ultra Sejus tenebitur. Sed si cum Sejo egero, quantumcunque est, quo minus a Titio exigere potuero eo tempore quo judicium inter me et Sejum acceptum est, tanto minus a Titio postea petere possum.

S U M M A R I A.

1. *Quæstio, responsi summa. et quid hic dubitationem faciat.*
2. *Duo rei promittendi in specie proposita, non Sejus fidejussor.*
3. *Stipulationem in re dubia semper ita accipiendam, ne sit inutilis: idque agi inter controhentes.*
4. *Qui promisit, quanto minus a Titia consequi possem, non tantum pecunia a Titio soluta, non tenetur; sed etiam si me agere cessante Titius solvendo esse desierit.*
5. *Fidejussor non liberatur, reo facto non idoneo, quamvis cessante creditore factus sit non solvendo, idque fidejussore denuntiante, ut reum compelleret ad solvendum.*
6. *Cum Sejo subsidiaria promissore si agat creditor in proposita, non semper liberari reum primum et principalem: et quibus casibus liberetur.*
7. *Cum subsidiario promissore, qui promisit quantum a reo principali consequi non potui quando agi possit.*
8. *Discussia bonarum quomodo recte fiat, ut ad subsidiarios perveniri possit, tanquam qui excussis facultatibus reperti sint non solvendo.*
9. *Species apposita huic loco.*
10. *Cum subsidiaria promissore agendo in in quod reus principalis facere non potuit, reum principalem sola hac petitione liberari ex sententia Celsi.*
11. *In quantam summam reus principalis liberetur, lite cum subsidiario promissore contestata.*
12. *Vocatur in disquisitionem liberatio superior rei principalis, ubi et. difficultas responsi ostenditur.*
13. *Liberationis propositæ ratio ex sententia Celsi.*
14. *Electione unius ex duobus reis debendi, an alter liberetur; de sententia veterum in eo, et de constitutione Justiniani.*
15. L. si ex toto, 8. §. 1. de legat. 1. *aperte additum a compositoribus.*

Decem stipulatus a Titio, deinde hæc stipulor a Sejo, non absolute, sed sub conditione atque his verbis, *quanto minus a Titia consequi possum*; idest, quod ex his a
1 Titio consequi et servare non possim. † In hac duorum ejusdem pecuniæ promissorum constitutione tractat Celsus, si cum uno ex his egero, an ea petitione quam solutionis effectus secutus non sit, alter liberetur. Hic statim diceret aliquis, et in universum nequaquam liberari, et ratione certa, eaque ex principiis liberationum sumpta uteretur: quia qui semel debere cœpisset, quandiu non rediisset obligatio in eum casum, unde incipere non poterat, ita liberaretur, si pecunia soluta esset, aut esset eo nomine creditori satisfactum. *L. si rem*, §. *omnis. infr. de pig. act.* Quorum neutrum fit, cum ab uno pecunia tantum petita est. Non ita Celsus de proposita quæstione respondet. Sed ut difficultatem responsi liceat agnoscere, partim unius conventione alterum liberari ait; partim ubi hac petitione liberari negat, ejus rei rationem reddit, non quam diximus, sed quæ sit ex propria quadam hujus stipulationis conventione petita: facile ut declaretur subesse hic quoque in contrarium aliquam dubitatio-

nem et eam justam, cujus removendæ caussa propria ratione opus fuerit. Quorum in posteriore quid dubitationem faciat, alterum etiam quam per se verum sit, considerandum est. In summa autem distinguit Celsus in proposito, et referre ostendit: utrum eum Titio primo promissore egero, ut ex eo de Seii subsidiarii promissoris liberatione quæratur; an vero egero eum Sejo, ut hine quæratur de Titii liberatione. Ut si cum Titio egero, non liberetur Sejus, idque propria ratione; sin egero eum Sejo in id quod a Titio consequi non poteram, continuo in eam summam Titius liberetur. Quæ an ita sint, et quam rationem habeant, videamus. *Si decem*, inquit, *petiero a Titio*, *non liberatur Sejus*. Intelligit non liberari hoc ipso, quod petii a Titio. Subjicit enim, *si Titius condemnatus judicatum fecerit*, Sejum nihil ultra teneri. Itaque hoc dicit, solutione quidem Titii fieri, ne Sejus teneatur; conventione autem Titii sola nequaquam. Quod ait, Titio judicatum faciente, Sejum amplius non teneri, expeditum est. Promisit enim Sejus sub conditione: si quid ego a Titio consequi non possem: quæ conditio tunc deficit, cum totum a Titio sum consecutus. Conditione deficiente, ex stipulatione deberi nihil potest. §. *sub conditione*, *Inst. de ver. obl.* Neque de eo quidquam diceret, nisi significari vellet, quod dixerat, Titio convento, non ideo Titium non teneri, sic accipiendum esse: nisi Titius condemnatus judicatum fecisset. Sed et quod ait, Titio convento, non ideo liberari Sejum, per se non minus verum est: certe consentit cum principiis juris, quæ ad liberandum debitorem solutionem aut satisfactionem exigunt: nec minus convenit eum jis locis, qui plures de hac specie scripti exstant, ut *L. decem*, *infr. de ver. ob. L. si decem*, 21. *infr. de sol.* At rationem hujus responsi reddit, eamque etiam ut in jure obscuro accersit aliunde, nimirum ex mente contrahentium. Quod sane videri potest per se quidem supervacuum: in hac autem specie potissimum bis ineptum. Fuit enim juris certi, reo principali prius convento, non ideo fidejussorem hac electione liberari. *L. reos*, *C. de fidejus.* Hic autem fuit Sejus, ut videtur, fidejussor. arg. *L. fidejussor*, §. *ult. L. si fidejussores in id. infr. de fid.* Quod si de hoc jure quid dubii esset, et ejus ratio quæreretur; tamen hæc potius ratio esset, quæ esset omnium obligationum communis; quod nemo debitor rebus integris aliter quam solutione, aut satisfactione vel sua vel alterius liberaretur. Quorum neutrum vel Titio vel Sejo contigisset ob id, quod ego cum Titio prius egissem. Quod si quæreretur, an petitio mea mihi nocere deberet: dicendum fuit absurdum esse, quæ petitio mea caussâ instituta est, eam mihi nocere. *L. non solet*, *L. nemo enim infr. de reg. jur.* Nunc autem ut in re dubia Celsus ratione usus est, et quasi superiora parum essent idonea, vel potius quasi hic esset aliquid proprium, quod non item servaretur in aliis fidejussoribus simpliciter acceptis, rationem ex eo duxit, quod Sejus nominatim ita acceptus esset, ut promitteret, *quanto minus a Titio consequi possim*: idest, ita, ut prius Titium conveniri oporteret, quam Sejum. Sic enim scribit: *alioqui ne quidquam mihi cavetur*: intellige eo modo, quo propositum est. Quæ jam non tam supervaena ratio videri potest, quam falsa. Huic enim consequens est, non idem dicendum esse, si alio modo fidejussor acceptus esset, et ego cum reo principali prius egissem: quod non ita est, ut ostendi, *d. L. reos*, *C. de fid.* Itaque res postulat, ut hujus facti rationem explicemus.

2 Et necesse esset † supervacuam hanc confirmationem Celsi et rationem ejus ineptam videri, si Sejus in proposita specie fidejussor certo haberetur. At verbis fidejussoris acceptus non est, ut fit in illis locis, quibus quis idem promittens fidejussor dicitur, ut *d. L. fidejussor*, §. *ult. d. L. si fidejussores, in id, infr. de fid.* Sed ita accessit, ut ejusdem rei promissor esset. Quam ob rem et duo rei promittendi in hac specie videri possunt. Nec ad rem pertinet, quod Sejus promisit non absolute eadem decem, sed quanto minus a Titio consequi potuero. His enim verbis promittit idem, tametsi sub conditione: nempe quatenus a Titio consequi non possum. Dies autem, aut conditio unius ex reis promissioni adjecta non impedit duorum reorum constitutionem. *L. ex duobus*, 7. *infr. de duob. re* Et vero an hic duo rei promittendi essent, dubitatum est, ut significat Paulus in *L. decem*, *infr. de verb. obl.* ubi in exemplo proposito ideo negat, convento Titio, Sejum subsidiarium promissorem liberari, quia non sint duo promittendi rei. Quod sic respondet, enim in proposito posset dubitari, an duo hic rei essent. arg. in *L. a testatore*, *infr. de cond. et dem.* Quinimo hoc loco duos reos fieri Celsus confirmat, simul atque Sejo impleta conditione ex sua promissione teneri cœperit, ut postea dicetur. Hinc scilicet ambigendi caussa, an Titio convento Sejus liberetur.

Nam si hic duo sunt promittendi rei: consequens est eum liberari ex eorum veterum sententia. qui putaverunt, si cum uno ex duobus reis actum esset, ea petitione liberari alterum. Quam quidem sententiam Paulus probasse videtur in *d. L. decem, de ver. obl.* et Celsus in altera parte distinctionis non obscure secutus est: de quo ibi plura. Adversus hanc dubitationem defensione opus fuit ei, qui statueret in proposito, si cum Titio egissem, non ideo liberari Sejum. Hic igitur duplex defensio adhibita est, quæ ostenderet superiorem sententiam de conventione unius ex duobus reis in proposito non esse metuendam. Una est Pauli in *d. L. decem*: Altera Celsi hoc loco. Et Paulus quidem negavit hic duos reos esse tunc, cum primum cum Titio agitur. Et recte: tunc enim Sejus reus non est. Siquidem is non aliter ex conditione stipulationis obligatur, quam si, excussis Titii facultatibus, cognitum fuerit, eum non esse solvendo, ut mox dicetur pluribus. Hoc autem certum non fit tunc primum. eum agitur cum Titio: ut dicendum sit. nec eo tempore exsistere conditionem, sub qua Sejus obligatur. Porro conditione pendente Sejus nihil debere, eoque nec reus esse intelligitur. *L. cedere, infr. de verb. sign.* Quod si tum reus non est: perspicuum est, eum petitione illius temporis ut alterum debendi reum liberari non posse. Celsus autem hoc loco plus sumit, ut dicat: etsi quis concesserit duos hic reos esse ab initio, Titium et Sejum: tamen in proposito aperte actum esse, ut Titio prius convento, si ab eo consequi quid non possim, a Sejo id petere liceret: hanc vero conventionem etiam inter duos reos esse servandam. Sic enim scribit: *alioquin nequidquam mihi cavetur.* Quibus verbis significat, si eum petii a Titio, placet liberari Sejum contra, quam dixit, inutilem fore stipulationem, qua mihi cavi a Sejo: hoc autem recipiendum non esse. Sed cur hoc modo inutiliter mihi a Sejo caverim? Quia si hoc recipimus, non potero unquam a Sejo petere. Necesse est enim id faciam, aut Titio prius convento, aut non convento. Si convento: dicimus Sejum liberari. At cum liberato agi non potest. Si, Titio non convento: jam quominus eum Sejo agi possit, ipsa stipulationis conditio prohibet. Conditio enim hæc est, ut ille dare debeat, si quid a Titio consequi non possim. Quæ conditio non prius exstitisse videri potest, quam Titio convento, et excussis in exsecutione judicati ejus facultatibus, compertum sit, eum non esse solvendo: ut postea pluribus ostendemus in explicatione alterius partis responsi. Sic fit, ut si volumus, Titio convento, liberari Sejum: inutilis sit stipulatio, qua sum a Sejo stipulatus: utpote ex qua a Sejo pariter petere non possim, sive prius egerim cum Titio, sive non egerim. † Inutiliter autem me mihi cavisse a Sejo, seu 3 inutilem videri hanc stipulationem, probandum non esse, significat ipsa conceptiona verborum. Hæc enim oratio, et similes, *alioquin nequidquam mihi cavetur*, continet incommodum, quod ex contraria sententia consequatur. Ita hoc ipsum pro incommodo et minime recipiendo habendum esse innuit, si quis dicat hic stipulationem esse inutilem. Id quod tantum significasse Celso satis fuit, quoniam est juris certi. Pertinet enim ad eam regulam, qua præcipitur, stipulationem ambiguam sic accipi debere, ne sit inutilis. *L. quoties in stipulationibus. infr. de ver. obl.* Idque eo certius est, quod ut ne sit inutilis, inter contrahentes agi intelligitur. Quorsum enim stipulatio, nisi ut finem stipulationi propositum consequatur, obligationem? quam si nullam contrahentes esse volebant, id facillime consequi poterant quiescendo. Semper autem in contractibus id servatur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus. infr. de reg. jur.* Nempe quia id agi a contrahentibus dicimus, quod illi senserunt et voluerunt. Hic autem consensus et placitum conventio est: quam esse servandam edicto de pactis cautum est. Idque non minus ad tacitas conventiones, quam ad expressas pertinet *L. 2. L. 4. supr. de pact.* Unde illud in *L. 3. supr. semper in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum esse.* Nec si hic duo rei essent, eo minus conventio esset servanda: quod et Celsus hic intelligi voluit. Non enim duorum reorum obligationi hæc conventio contraria est: cum nihil prohibeat utrumque solidum debere, et tamen creditorem cum altero pacisci, ne ab eo petat prius, quam alterum excusserit. Nam et fidejussor sic accipi potest, ut promittat, quod creditor a reo servare non poterit. Rei autem promittendi vice mutua fidejussores intelliguntur: quodque uni ex fidejussoribus recte præstatur, hoc et uni ex duobus reis tribui potest. *L. reos, infr. de duob. re.* Ergo ex dubitationis caussa quo spectet Celsi ratio, et quam apte ea hic utatur, intelligitur. Quo cognito, redeo ad sententiam. In qua ut res, sic et proprietas verborum observanda est. *Si decem*, inquit, *petiero a Titio, non liberatur* Sejus. Recte: *non liberatur*, quem ex eventu secundum verba stipulationis obligari constat tunc, cum Titius condemnatus non est solvendo. Hac

obligatione, inquam, non liberatur, ideo, quia ego cum Titio prius egero: idest, non fit ista petitione, quominus obligatio Seii, quæ exsistente conditione stipulationis secundæ nata est, duret, et ea eum effectu teneatur. *At si*, inquit, *judicatum fecerit Titius, nihil ultra*, idest, nulla in re *ultra Sejus tenebitur.* Recte dixit, hoc casu Sejum non teneri, non autem liberari. Re vera enim non tenetur, qui in hunc casum nihil promisit: sed non liberatur, qui nunquam ante fuit obligatus. Titio enim solvente, ego decem consequor: quo facto, deficit conditio, sub qua a Sejo sum stipulatus. Ex conditionali stipulatione, ut ante dixi, nec peti potest, nec debetur quidquam, ubi conditio non exstitit. §. *sub conditione, Inst. de ver. obl. L. cedere, infr. de ver. sig.* Non est autem liberatio nisi ejus qui prius obligatus fuerit. Qua ratione in *L. d. decem, de ver. ob.* notatus est a Paulo Papinianus, quod dixisset hoc casu Sejum esse solutum: cum si proprie loqui vellet, dicere debuisset, Sejum non teneri, ut hoc loco fecit Celsus. Sed enim ait Celsus, Sejum ultra non teneri: quasi usque ad solutionem Titii Sejus obstrictus fuerit: post eam autem solutionem jam ultra non teneatur: quod falsum est. Nam ubi Titius solvit, defecit conditio promissionis Seii. Ex quo intellectum est, eum, ut in posterum non obligatur, sic nec ante obstrictum fuisse, et omnino dici non posse eum ullo tempore teneri. *d. L. cedere, de ver. sig.* Et hoc ita est, si hæc verba, *non tenebitur Sejus*, sic accipimus: quasi simpliciter Celsus diceret, Sejum non teneri. Verum ita accipi debent, quasi diceret, jam certo ultra non tenebitur Sejus: seu, jam certum est, ultra Sejum teneri non posse. Quod ex collatione præcedentis temporis recte dicitur. Etsi enim nec ante Sejus tenebatur: tamen id ex eventu solutionis certum factum est. Cæterum ante hunc eventum certum non erat, et omnino dici non poterat, eum non teneri; cum per rerum naturam fieri posset, ut teneretur. Nisi malumus hæc verba non ad obligationem, sed ad metum obligationis referri: ut dicamus, Titio solvente, Sejum non teneri ultra ullo metu obligationis: et recte, *ultra*, quia ad id usque tempus eo metu tenebatur. Sed de obligatione pecuniæ hic agitur. Quod si de hoc metu sentirent veteres, non minus recte hac ratione diceretur Sejus Titio solvente liberari: quoniam liberaretur hoc metu. Quod tamen eum a Papiniano dictum esset, notavit Paulus in *d. L. decem, de ver. ob.* Quod ad rem attinet, illud cavendum est, ne quod Celsus dicit, *si Titius judicatum fecerit, Sejum ultra non teneri*, id sic accipiamus: quasi uno hoc modo contingat, ne Sejus teneatur. Id cum sentire intelligeremus, si quæreret in universum, quomodo fiat in hac specie, ne teneatur Sejus; et rem hanc complecti volens, superiore definitione uteretur. Sed observandum est, rem proponi de me, qui a Titio petii: et hoc quæri, an hoc ipso quod ab illo petii, nempe etiam tunc cum aliud mihi objici non potest, non teneatur Sejus. Et negat Celsus hoc modo fieri, ne ille teneatur: nisi hoc accesserit, quod subjicit, ut et Titius judicatum fecerit. Ex quo apparet, definitionem esse de petitione mea, qua cum Titio egi, deque his factis quæ hanc petitionem secuta sunt. Quæ definitio alios modus, si qui forte alii sint, quibus removeantur a Sejo obligatio, non excludit; alloqui dicendum erit, etsi Titius non fecerit judicatum, ante condemnatus; sed ultro sine judicio solverit, quod debet: nihilominus Sejum adhuc teneri, quod aperte falsum est, et a sententia Celsi plane adhorrens: qui non putavit referre, quomodo ego decem a Titio sim consecutus. Hæc eo spectant, ut si aliis locis, aut natura rei probatur aliis etiam modis contingere, ne Sejus teneatur: sciamus hunc locum non refragari. † Ne 4 quis autem frustra id moneri, aut de hac quæstione sibi in hoc loco consistendum existimet: sciendum est, duobus modis accipere in specie proposita, ne Sejus teneatur. Uno, quem verba stipulationis aperte ostendunt, si Titius conventus et condemnatus judicatum non faciat, quia non sit solvendo: de quo hic. Altero, si prjusquam a me conveniretur Titius, rem ab eo potui servare, quia ab illo recte et sine acerbitate exigere potui: me autem cessante, solvendo esse desiit. Quod ita expressum est in *L. si fidejussores in id, infr. de fid.* ut non minus certa ratione efficiatur ex conditione stipulationis. Stipulor enim a Sejo quod a Titio consequi non potero. Itaque si quid possum postea ab illo consequi, id a Sejo secundum verba stipulationis non debetur. Vis hæc est conditionis, ut quod sub conditione datur, promittitur: sub contraria conditione denegari intelligatur *L. quibus, §. 2. infr. de cond. et dem.* At si quando potui a Titio consequi: semper verum erit, me potuisse consequi postea, etiam si deinde accidat, ne possim. Quare quandocunque id eveniet, nunquam postea secundum conditionem a Sejo potero petere. Nec ad rem pertinet, quod hic duo sunt tempora, quorum uno a Titio consequi decem possum: altero et eo quod nunc

est, non possum. Ideo enim posterius tempus non spectamus, quia ut desineret Titius hoc tempore esse solvendo, mea culpa factum est. Proinde perinde habendum, quasi non contigisset: ut factum meum et culpa mihi noceat; non adversario juxta regulam juris *L. factum cuique, infr. de reg. jur.* Non utimur ad hanc rem probandam illa regula, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, stat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset: *L. in jure, inf. de reg. jur.* quoniam regula huc non pertinet. A Titio enim non petendo cum possum, si postea Titius solvendo esse desinat, non facio cessatione mea, quominus conditio sequentis stipulationis impleatur, sed quo magis impleatur. Sic enim fit, ut non possim consequi decem: quæ conditio erat, sub qua a Sejo possum petere. Et hoc quæritur, an conditio secundum verba impleta
5 pro non impleta haberi debeat. † Non eadem caussa est fidejussoris simpliciter accepti, quæ ejus, qui ita promisit, ut proponitur hic Sejus promisisse. De fidejussore ita scriptum est in *L. si fidejussor*, 82. *infr. de fidejuss.* ut possit quandoque a creditore conveniri, quamvis creditori denunciaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, isque cessaverit. Et recte: nulla enim in fidejussore taliter accepto conditio est, quæ creditorem tempestive cum reo agere cogat, et cessantem cum fidejussore agere prohibeat. Ne nunc quidem post constitutionem Justiniani novellam, *de fidejussoribus* posteriore loco conveniendis aliud servandum esse putandum est. Ratum enim hoc esse debet, quod ea constitutione specialiter ad emendationem veteris juris expressum non est, id veterum legum regulis relinqui oportere. *L. præcipimus, in fin. C. de app.* Non vult autem Justinianus fidejussores simpliciter acceptos, id quod promiserunt, debere sub conditione, si creditor id a reo servare non possit. Sed cum simpliciter obligati maneant, ut ante: hoc beneficium eis tribuit, ut non ante a creditore conveniri possint, quam ille cum reo principali egerit, eumque excusserit, *d. novel. de fid.* §. 1. *et* §. *sed neque.* Quaro dum creditor aliquando hoc faciat, constitutioni satisfactum est: nec ab illo exigemus, ut certo tempore cum reo principali experiatur, non solum contra formam stipulationis, sed etiam contra rationem et veteris juris, quod proponitur in *d. L. fidejussor, infr. de fid.* et illius æquitatis, secundum quam receptum est, ut nemo invitus agere cogatur *tit. C. ut ne. invit. ag. vel ac. cog.* Sed hæc quæstio alterius loci est, et eget paulo pluribus verbis; nos in suum locum rejicimus. Hoc loco attingere necesse fuit: ne quod de fidejussore dicitur in *d. L. si fidejussor*, cum iis quæ de Sejo in specie proposita diximus, pugnare videretur.

SED SI CUM SEJO EGERO) Sequitur altera pars distinctionis propositæ: qua declaratur, si ex diverso cum Sejo subsidiario promissore egero, contrariam vim esse hujus conventionis superioris: Titium nimirum liberari in eam summam, quam ego a Titio exigere non potui tunc, cum litem contestatus sum cum Sejo. Cujus responsi obscura admodum et sententia, et ratio est. Quæritur enim quodnam sit hoc genus liberationis, quod non solum videatur adversari notissimis regulis juris, quibus efficitur solutione quemque, non petitione liberari; sed etiam in quo videatur Celsus aperte et quidem eodem in loco a seipso dissentire. Prius enim dixerat, Titio convento, non ideo liberari Sejum: cur convento Sejo, potius hac petitione liberetur Titius? Et est omnino responsum ejusmodi, quod in primis egeat explicatione. Cum autem id constet certis quibusdam partibus, et sit in singulis, quod quæratur, commodissimum erit ad sententiam ejus cognoscendam singulas separatim expendere, ac si quid in his dubii sit, ordine explicare. Animadvertendum est igitur, contineri responsum tribus his veluti partibus, caussa nimirum certa, cujus effectus statuatur Titii liberatio, sed ea ad certam usque summam. Hæc sigillatim consideremus. Caussa liberationis est hæc, totidem verbis hic expressa, *si eum Sejo egero.* † Generaliter dictum hoc, ut 6
videtur: nihil enim adjicitur: quasi utcumque cum Sejo actio actionem instituero, continuo Titius liberetur. Quod non ita est. Quid enim, si cum Sejo egero Titii nomine? Quid, si egero cum illo ex sua promissione, sed tunc cum nondum ex conditione stipulationis mihi teneretur? Neutro modo ita liberatur Titius, ut hic scriptum est. Fingamus primum, cum agerem cum Titio, ultro Sejum se obtulisse liti, et judicium in se nomine Titii suscepisse: ut si quid illum debere constaret, hoc præstaret. Judicium quidem hic erit, et cum Sejo consistet, ut vere hic dicendus sim cum Sejo egisse. Hoc amplius et ita jus vetus fuit, ut Titius hoc facto liberaretur: quo jure judicium quisquo pro alio accipiendo cum invitum et ignorantem liberat. *L. solutione, infr. de sol.* Sed hoc modo liberatur Titius non in id solum, quod a Titio exigere non potui, ut hic scriptum est, sed in id etiam, quod exigere non potui; denique in solidum, quantum Titius

debuit, et de quo egi cum Sejo, ut est vis novationis. *d. L. solutione, L. delegare, infr. de novat.* Quod si fingemus egisse me cum Sejo ex sua promissione, sed priusquam promissionis ejus conditio exstitisset; non potest hoc evenire, ut Titius ea petitione liberetur. Nam si negabit Sejus se debere, frustra ago: cum illum absolvi necesse sit, adversus quem nondum ulla obligatio, nedum actio mihi nata est. *L. cedere, infr. de verb. sig.* Ex inutili petitione liberatio contingere non potest: cum ne petitio quidem habenda sit, quæ est inutilis. Unde qui pendente conditione agit, non tam male agere, quam nihil agere dicitur. *L. unica, in fin. quan. dies ususfr. leg. ced.* Et generaliter quæ jure non fiunt, pro eo habentur, ac si facta non essent, *L. quo ties, supr. qui satisd. cog. L. non dubium, C. de legib. L. 4 §. condemnatum, infr. de re. jud.* Sin autem Sejus ante quam deberet, conventus, vel errore vel consulto fateatur se debere: incipiet quidem ille mihi teneri, nec aliud ei relinquetur, quam ut spatium ad solvendum accipiat: quia confessi in jure pro judicatis habentur. *L. si debitori, supr. de jud. L. 1. infr. de conf.* Ut consequens sit, dici etiam hoc casu, non esse inutilem petitionem meam. Sed ne sic quidem hac petitione liberabitur Titius: propterea quod nec ulla mihi hoc facto novatio cum Sejo intercedat, ut qui alienam obligationem in se non suscipiat, sed tanquam de sua confiteatur. Neque hic duo sint rei promittendi: cum Sejus ex confessione sua, non promissione obligetur. His autem rationibus detractis, nulla hic potest nasci liberatio ex petitione. Quid ergo est? Nempe conditio sic accipienda est: si cum Sejo egero ex sua cautione, et tunc cum potui jure cum illo experiri, impleta nimirum conditionis ejus conditione. At nihil horum hic adjicitur. Scilicet quia non fuit necesse: satis enim aut sententia, aut vi verborum continetur. Sententia enim manifesta est, ita Celsum de Titii et Seii conventione hic agere, quatenus uterque ex sua cautione conveniatur. Huc enim spectat, quod initio proponit amborum promissiones diversas. Et certe cum initio dixit. *Si decem petiero a Titio:* omnes intelligunt hoc cum sensisse, si decem petiero, quæ ille ex sua illa supra scripta cautione debet. Ita et cum separatim subjicit. *Sed si cum Sejo egero,* sic intelligere debemus: si cum Sejo egero de eo, quod ille pro se cavit. Quod autem, *egero,* sic accipimus: egero tunc, cum jure ex conditione stipulationis potui: vi verbi efficitur. Proprie enim non est actio, nisi quæ jure actio est: ubi jure persequimur judicio, quod nobis debetur, ut est definitio actionis. *L. nihil. infr. de ob. et act.* Itaque si peto quid a Sejo, nec consequor, quia non debuit: non ago, sed agere volui. Sed etsi consequor, sed ideo, quia cum non deberet, confessus est, in jure se debere: ne sic quidem dici debeo de eo egisse: quia non est actio sine judicio, ex eadem definitione: nullum autem judicium est in confitentes. *d. L. si debitori, supr. de jud. L. proinde, §. ult. supr. ad leg. Aq.* Sed hoc ex verbis sequentibus maxime intelligitur, cum ait: *quantumcumque est, quod a Titio exigere non potui.* His enim verbis significatur id, de quo cum Titio prius egi, sed agendo exigere non potui. Quod cum fit, tum demum stipulatio adversus Sejum committitur, et cum eo agi potest, non aliter, ut paulo post dicemus.

† Quapropter ad cognitionem hujus conditionis, et ejus, quæ inde pendet, liberationis, necessario cognoscendum est, quando enim Sejo possim agere. Quod eo libentius hic attingemus, quod eam explicationem præcipue desiderare videtur *L. decem in fin. infr. de ver. obl.* ubi brevius est a nobis expositum. Et constat hanc stipulationem: quod ex decem a Titio consequi non potero, conditionalem esse: inesse enim hanc conditionem: si quid ex his consequi non potero. arg. in *L. 6. infr. de legat. 1. L. 2. infr. de her. inst.* Ex conditionali stipulatione non prius agi posse, quam conditio exstiterit. *L. cedere, infr. de ver. s'g.* Conditionem porro hanc: si quid ex his a Titio consequi non potuero: cum in non faciendo sit, tunc exsistere, cum certum esse cœperit, me a Titio decem consequi non posse. *L. hoc jure. 10. L. ita stipulatus, vers. sed etsi ita, infr. de ver. ob.* Quæritur, quando id certum esse incipiat, ut sic possim impleta conditione cum Sejo experiri. Et in *d. L. decem, in fin. de ver. ob.* scriptum est, a Sejo secundo promissore ante Titium excussum non recte peti. Quo significatur, ita certum fieri me a Titio decem consequi non posse, (quæ conditio erat, qua impleta, licet ex stipulatione posteriore cum Sejo agere) si id certum fiat, excusso prius Titio, idest, si excussis Titii bonis compertum sit, eum non esse solvendo. † Excussum accipere debemus, qui recte excussus est, ut de condemnato scribitur in *L. 4 §. condemnatum, infr. de re jud.* Privatim autem executi facultates non est satis. Sed judicio, quo cum Titio actum sit, id fieri oportet: aut certe per judicem, apud quem decem a Titio petita erant: ut sive is litigans condemnatus erit, sive ultro in jure 7 8

confessus erit se debere, quo casu et pro judicato habetur, judex in exsecutione judicati per apparitores pervestiget Titii bona: ubi quæ reperiet, pignori capi jubebit; si non reperiet, id ipsum postulante actore declarabit, ut sciatur non esse in bonis Titii, unde mihi satisfiat. Quod nisi fit, semper recte dicet Sejus facultates illius idoneæ non esse excussas: quod pro eo haberi debet, ac si excussæ non essent. *L. quoties, supr. qui satisd. cog.* Ac ne dubitemus in proposito rem ita transigi debere. Ita reperiemus: Quoties sunt aliqui, quos placet subsidio teneri hac conditione, si ab aliis prioribus creditor suum consequi non possit, ut sunt fidejussores, pignorum possessores: de his ita jus esse, ut placeat priores illos prius esse conveniendos: tum si eo judicio idonei reperti non sint, ad sequentes subsidiarios esse perveniendum. *L. 1. C. de conven. fisc. deb. lib 10. L. 4. C. quan. fisc. vel privat.* Ex quo intelligimus excussionem debitoris duas has res desiderare: conventionem, qua cum eo ipso debitore judicio agatur: et judicali exsecutionem, in qua, pervestigatis ejus bonis, constet quid facere possit, aut non possit. Non exigimus ut dum instituitur excussio Titii, vocetur Sejus: ut adsit, si velit, et videat, quam fideliter in eo res geratur. Nihil enim amplius exigit conditio stipulationis, quam ut certum fiat, Titium solvendo non esse. Quod fit excussione legitima magistratus, etiam si Sejus non adsit. Quare etiam non vocato eo recte res transigetur: et cum constiterit judicio Titium non habere in bonis, unde mihi solvat: recte cum Sejo, ut impleta stipulationis conditione, agetur. Tantum ut illa ad excussionem præcesserint, quæ divi. Enimvero cur ut constet me a Titio decem consequi non posse, hujusmodi conventionem Titii, et dicussionem bonorum ejus exigimus? Quia non prius dicendus sum, non potuisse a Titio consequi, quam adhibitis his modis, quibus optime et jure possum consequi quod debet, constet me ne his quidem quidquam consequi potuisse. Ea antem consequendi et ab invito exigende ratio est jure prodita: ut creditor adversus debitorem actionem prius dirigat, et causa cognita sententiam accipiat, tum judex pignora capi jubeat, et distrahi. *L. 1. C. de exs. rei jud. L. negantes, C. de obl. et act.* Quid ergo aliter exploratum fieri non potest, Titium non esse solvendo: coque nec aliter cum Sejo agere possum, quam si Titius judicio et per judicem prius excussus fuerit? Vulgo volunt posse: cum dicunt supervacuam esse bonorum excussionem, si alias palam notum sit Titium solvendo non esse. Paulus contra in *d. L. decem, de verb. obl.* ita definit; ante Titium excussum a Sejo non recte peti. Quibus verbis non hoc solum significatur, Titio recte et ut oportet excusso, impleri conditionem sequentis stipulationis, et cum Sejo agi posse; sed hoc amplius exprimitur aliter conditionem non impleri, nec aliter posse agi cum Sejo. At quid opus est discussione, si alias constat Titium unde solvat, non habere? Recte hoc quæreretur, si quidem alio modo de eo posset constare. Nunc autem id aliter non potest. Quid enim dicemus, Titii bona esse publicata? Sane vero hoc casu Titius non convenietur: non magis quam conveniretur, si esset mortuus. Sed convenientur hi, qui in bona successerunt, nempe fiscus, in cujus persona exsecuti intelliguntur Titii facultates. *L. 2. C. ad leg. Jul. de vi. L. 2. supr. de cap. demin.* Quid, si Titius bonis cesserit? Vel eo nomine cum illo agendum est, ut hoc ipsum sciatur, an plane et recte bonis cesserit: quod pro discussione cedet. Quin etiam, etsi publice notum sit, cum bonis cessisse: tamen adhuc incertum est, an quid possim ab illo consequi, nec ne. Quid enim, si quid adhuc apud se retinet, quod quærendo postea emergat? Qui scis etiam, an si per se facere non potest, possit tamen per alios: ut amicos, qui illius misertl, vel dent ei pecuniam, unde solvat, vel ipsi ejus nomine pecuniam dissolvant? Quod an ita non sit: non nisi cum illo agendo, et eo exsequendo exploratum fieri potest. Multoque magis hæc dicenda sunt, si more civitatis bona civium censeantur, in quibus sit Titius, et ex publicis tabulis census probare quis velit, quid Titius habeat. Quid enim? an Titius fideliter omnia sua professus est, ut nihil habeat amplius, quam quod in censum retulit? An omnia, quæ alicui debentur, aut ipse debet, in censum referri solent? Quid post censum habitum? an non potuit augeri facultatibus? Sed et in hac re illud quod supra dixi, evenire potest, ut si judicio cum illo agam, exsistat aliquis, qui ejus nomine solvat, ne turpiter aut carcerem subire, aut bonis cedere cogatur, quæ pœna condemnatum non solventem manet. *L. 1. C. qui bon. ced. poss.* Sane si Sejus fateatur, Titium solvendo non esse, nihil amplius quærendum est. Hoc qui fatetur, idem satis fatetur se ex stipulatione debere. Adversus confitentem nullæ sunt aliæ partes magistratus seu judicis apud quem agitur, quam ut eum præstare jubeat, quod petitur. *L. si debitori, supr. de jud.* Nam cur de eo, de quo non dubita-

tur, probationem exigat? *L. ult. C. quib. ad lib. proc. non lic.* Nos cum excussionem requirimus, de invito Sejo, et eo qui se teneri neget, loquimur: cum actio et judicium reddatur in invitum. *L. inter*, §. 1. *infr. de verb. obl.* Quocirca recte in *d. L. decem*, definitum ita est, ante Titium excussum a Sejo non recte peti. Ita in summa, tunc exploratum fit, me a Titio non posse decem consequi, eoque et impleta conditione stipulatiunis cum Seio agere possum; eum Titio prius convento per judicem et ad exsecutionem judicati bonis ejus excussis, compertum fuerit, eum solvendo non esse. Neque id aliter contingit. Atque eadem ex re intelligimus, si haec praecesserint, et hinc cum Sejo egero; tum sequi liberationem Titii eam, de qua hic agitur. Aliter si agam ut nihil ago, ita ex inutili petitiune liberationem ullam, aut effectum ullum continge re non posse, certum est. At enim ad liberationem Titii, quam hic Celsus statuit, nihil istorum ab eo exigitur, ut vel Titius a me conventus fuerit, vel excussae per judicem ejus facultates; tantum haec conditio est. si ego eum Sejo egero. Jam dixi, hae conditiune satis superiora contineri, etsi verbis nun exprimantur. Agendi enim verbo, actio quae vere et jure actio sit, accipienda est: idest, jus persequendi judicio, quod mihi debeatur. Haec ex stipulatione, quae cum Sejo iuterposita est, esse non potest, nisi impleta conditione stipulationis: neque impletur conditio, nisi eo modo quo dixi. Quo fit. ut nihil praeterea oportuerit adjiei; et tamen intelligi sit necesse. Quanquam et illis verbis, quod a Titio exigere non potui, eadem illa maxime significari ostendimus: quam ob caussam et ad liberationem, quae sequitur, necesse fuit explicari.

9 Secundum † haec ita speciem ex facto proponi oportet. Egi cum Titio primo promissore, et decem petii, quae pruniserat. Condemnatus, aut etiam in jure confessus se decem debere, quinque tantum solvit. Reliqua quinque ab eo consequi non potui, quia solvendo non erat: idque in judicati exsecutione, excussis ejus bonis, intellectum est. Qua ex re stipulationi sequenti, qua mihi Sejus tenetur, locus factus est iu reliqua illa quinque, quae a Titio exigere non potui. Itaque et de bis deinceps eum Seju egi, ut ferebat conditio stipulatiunis. Hujus petitionis effectus quis sit, quaeritur. Hunc Celsus esse vult, qui deinceps indicatur. Est autem hic, ut quantumcumque est, quu minus in specie proposita a Titiu exigere potuero, tanto minus postea a Titio petere possim. *Quo minus potuero exigere a Titio* valet, quod non potuero exigere a Titio: et tanto minus ab illo petere possum, idest, tantam ego summam ab illo postea non possum petere. *L. illud*, §. 1. *infr. de trib.* De sententia videamus. Et cum dicit Celsus me id petere a Titio postea non posse hac conditione, si cum Sejo egero: declarat me ideo non posse; quia cum Sejo egerim; eum alioqui esset tale, quod ante judicium cum Sejo constitutum possem a Titio petere; tametsi ab illo exigere; idest, eum effectu petere ita ut non consequerer, non possem. Nam si ante id quoque judicium a Titio petere non poteram. quia non debebat; non fit, petitione eum Sejo instituta, ut a Titio postea petere non possim; sed ideo, quia jam ante Titius esse liberatus. Quinimo si quid ab illo ante id judicium petere non potui; ne cum Sejo quidem agere potui, qui non debuit, nisi quod et Titius debuit, verum ita, ut ab illo consequi non possem. Jam vero propter actionem cum Sejo institutam dicere me amplius a Titio quid petere non posse, quod prius ab illo petere poteram, nihil aliud est, quam dicere Titium ea petitione hactenus liberari. Quomodo enim consequatur debitor, ne quid ab ipso petatur, nisi liberatione? † Statuitur ergo his verbis ea liberatio, quam dixi, ut cum egi cum Sejo de ea 10 summa, quam prius a Titio petere quidem poteram, quia adhuc debebat, sed exigere et consequi ab eo non poteram, quia non erat solvendo; deinceps posteriore petitione ita liberetur Titius, ut illam summam, quantacunque est (finge quinque ut in specie proposita, finge octo aut etiam novem, atque adeo tota decem integra) postea ab illo petere ipso jure non possim. Et hoc ita esse omnes concedunt, si quod ante exigere a Titio non potui, cum Sejo agens id ab eo consequar. De quo nec dubitari oportet, quamvis Sejus ex cautione sua et liberandi sui caussa solverit. Sic enim hie duo promissores sunt, ut sint non diversarum, sed ejusdem summae promissores. Cui consequens est, uno solvente alterum liberari: sive quis hic duos reos esse dixerit, sive non esse. Nun enim alia de caussa in duobus promittendi reis unius solutione tota tollitur obligatio, quam quod in utraque obligatione una res vertitur. §. *hujuscemodi, Inst. de duob. reis.* Hic autem in utraque eadem summa versatur. At quid, si Sejus conventus et condemnatus nun solvat, quia pariter et ipse solvendo non sit? etiamne hoc casu a Titio, si postea solvendo esse coeperit, hoc idem petere non licebit, et mihi mea cautio qua a

Sejo meum persequi institui, mihi nocebit? Hoc plerisque iniquum videtur, et a regulis juris abhorrens; ideoque hoc loco admittere non possunt; sed verba hæc *si cum Sejo egero*, sic accipiunt: si egero cum effectu. et effectum interpretantur; si etiam agendo sim consecutus. Sed sententia Celsi manifesta est, statuentis liberationem Titii non in eo, si Sejus solverit, sed in eo, *si eum Sejo egero*. Quod si hoc ita accipi deberet, si et Sejus solvisset, non tantum dicendum fuerat Titium liberari, si Sejus solverit; sed etiam ineptissime diceretur, eum liberari, *si cum Sejo egero:* cum etsi cum Sejo non egissem, tamen eo ultro et sine judicio solvente, nihilominus Titius liberaretur. Denique generaliter ait Celsus, *si cum Sejo egero*, nec adiicit, au solverit. Proinde sive solverit, sive non solverit, hoc sic accipiemus, ut Titius petitione mea liberetur. Sic enim quæ generaliter et indistincte scripta sunt, accipi debere declaratur cum alibi sæpe, tum maxime in *L. metum autem*, 9. *§. animadvertendum, supr. quod met. cau. L. item veniunt. §. petitam. vers. a quo, supr. de pet. her. L. de pretio, supr. de publici*. Neque vero ullo modo probandum est, ut verbum *egero* sic interpretemur; egero ita, ut sim consecutus. Nihil enim commune aut coniunctim habet actio cum solutione; cum et agere qui possit, ut nihil consequatur; et contra consequi sine actione, debitore nimirum ultro solvente. Non moveor, quod verba cum effectu accipienda sunt. *L.* 1. *supr. quod quis, jur. L. pen. §. docere, supr. ne quis eum qui in jus voc.* Nam et egisse vere, ac cum effectu dicendus est, qui judicio eo usque egit, donec lis (idest, actio, si quidem litis nomen omnem actionem significat. *L. litis, infr. de verb. sig.*) finem acciperet. Quod fit non solutione, sed sententia judicis, qua reus vel absolvatur, vel condemnetur. *L.* 3. *infr. de re jud.* Et quidem exceptio rei judicatæ tunc solum reo competere dicitur, cum judicio cum eo actum fuerit. *§. item si, Inst. de exc.* Constat autem huic exceptioni locum non esse, nisi absoluto reo. Quo declaratur, etiam absoluto reo recte et proprie ac cum effectu dici, judicio actum esse. Quare dubium esse non potest, quin quod dicit Celsus, *si cum Sejo egero*, postea a Titio peti non posse, hanc sententiam habeat, Titium ea petitione liberari: ergo liberari, non si Sejus solverit, sed contra si non solverit: quo dici vere possit Titium petitione liberatum, non solutione. Cujus liberationis ratio postea exponetur. Prius tertium illud quod in hoc responso esse dixit, et temperamentum hujus liberationis continet, consideremus.

† Et non simpliciter Celsus ait, si cum Sejo egero, liberari Titium in eam summam, quam a Titio exigere non potui: sed addit, quam exigere non potui *eo tempore quo judicium inter me et Sejum acceptum est*. Hoc eam significationem habet: ut si alias plus minusve a Titio exigere non potui, nihilo secius solum spectetur id, quod fuit tempore litis cum Sejo contestatæ; eoque nec in id quod aliquando amplius fuit, Titius liberetur: neque id quod fuit minus, minuat hujus temporis liberationem. Quod, admissa supra scripta liberatione, manifestam rationem habet. Vult enim Celsus Titium liberari petitione mea, quæ cum Sejo instituta sit. Atqui quam summam a Titio exigere non potui eo tempore, quo judicium inter me et Sejum acceptum est, animadvertendum est, eam ipsam summam esse et solam, quam a Sejo petii, quam eandem jure potui petere: nihil enim debet Sejus, nisi quod a Titio consequi non possim. Ita hujus summæ petitione Titium liberari Celsus intelligit. Hoc si ita est: consequens est, neque ultra quam in eam petitionem deductum sit, Titium liberari, quia ultra id quod petitum est, nulla sit petitio, quantacunque ante fuerit summa, quam ab illo non potuerim exigere: et rursum quatenus in petitionem deductum erit, in tantum nasci liberationem, tametsi aliquando minor summa fuerit, quam a Titio exigere non potuerim: scilicet ut neque extra caussam quæritur effectus, et ubicunque illa est, ibi ea suum effectum teneat. Utriusque partis exempla hæc sunt. Ac primum plus me antea exigere non potuisse propono hoc modo. Cum decem petiissem a Titio, et eum excussissem: primo nihil potui ab eo consequi, quia in totum solvendo non erat. Post auctus facultatibus cœpit facere posse quinque, et ita factum est, ut cum prius non potuissem exigere ab illo integra decem, nunc sola quinque non possim exigere. Atque hoc tempore cum Sejo agere institui, et litem cum eo sum contestatus. Celsi sententia est, hac petitione mea liberari Titium: non tamen in decem, quæ aliquando ante ab eo exigere non potui: sed in quinque solum, quæ non potui exigere eo tempore, quo judicium inter me et Sejum acceptum est. Cur ergo in hanc summam potius, quam in illam: cum pariter verum sit me utramque non potuisse a Titio exigere? nempe quia sola hæc quinque pretii a Sejo, non illa decem. Absurdum vero est dici, quemquam hac petitione ultra summam petitam liberari: cum ultra eam petitio nulla sit. Ut autem in hac specie petere tan-

tum possim quinque, non ita decem quæ quandoque exigere non potui, verba stipulationis faciunt. Nam his verbis: Quod a Titio consequi non potero, Seii dabis? non solum stipulor sub conditione, si consequi a Titio non potero, sed etiam id ipsum, quod consequi non potero. Etsi igitur secundum conditionem dici potest, cum primo decem consequi non potuit a Titio, commissam esse stipulationem in decem: tamen quia ante quam ea peterem, cœpi ex parte ea posse a Titio consequi, ideo hæc jam tota petere a Sejo non possum: quia eo tempore quo agitur, quatenus a Titio consequi possum, non subest res, quæ in stipulatum deducta erat. Quemadmodum si stipulatus essem a Sejo, quod Titius deberet, et prius quam a Sejo, peterem, Titius totum aut partem debere desiisset. Nam et hoc quod ille jam non deberet, a Sejo petere non possem: quia debitum esset extinctum, res videlicet stipulatione comprehensa. Finge et converso prius summam, quam non potui a Titio exigere, minorem fuisse, quam tunc cum adversus Sejum litem sum contestatus. Eveniet hic quoque, ut minor prior summa posterioris liberationem non minuat, hoc modo; Si cum Titius excussus esset, repertus sit non esse solvendo, postea locupletior factus sit ad quinque, ut jam sola quinque essent, quæ ab eo exigere non possem; sed cum me ignorante id factum esset, ego ab eo non petierim, et interim desierit solvendo esse, ut ante: aut cum scirem locupletiorem factum, prius quam possem ab eo petere repetente facultatibus lapsus sit. Fingimus Titium ab initio non fuisse solvendo, ut intelligatur nullam in me culpam esse, si ei postea non institi, a quo me consequi posse non putarem. Nam si ab initio repertus esset idoneus, neque ab eo exegissem, non progrederemur longius; quia cessatio mea mihi noceret, quominus a Sejo petere possem, ut supra ostendi. *L. si fidejussores in id, infr. de fidejuss.* Quod postea locupletiorem factum fingimus, deinde rursum desiisse esse solvendo, eo spectat, ut declaretur, quomodo accidat, ut quod prius a Titio exigere non potui, puta, quinque tantum, minus sit eo, quod non potui exigere postea tempore litis cum Sejo contestatæ, nempe decem tota: quam speciem proponi nunc volumus. Quod exigimus, ut Titius solvendo esse desierit, priusquam scissem solvendo esse factum, aut possem ab eo petere, eandem rationem habet, quam supra reddidi: quia hoc modo fit, ut Sejus in eam summam posteriorem quæ major est, teneatur. Alioqui non tenetur. *d. L. si fidejussores*, Cum hæc ita erunt, si eo tempore agam cum Sejo, et quæratur in utram summam liberetur Titius, in minoremne priorem, an in majorem posteriorem; Respondet Celsus liberari in hanc posteriorem; idest, eam quæ fuit eo tempore, quo judicium cum Sejo acceptum est; eadem illa ratione, videlicet, quam initio posui; quia hanc petii a Sejo, quam eodem tempore a Titio, exigere non poteram; non priorem, quæ minor erat. Majore petita, si Titius petitione liberatur, perspicuum est eum in majorem quæ petita est, liberari. Sed in his quæ diximus, an non saltem hoc casu definitio Celsi falsa erit? Nam si in specie proposita culpa mea consecutus non essem illa quinque, quæ prius poteram a Titio consequi, dixi, quamvis Titius ea ipsa postea facere desiisset; tamen nihil me amplius a Sejo petere posse, quam altera quinque, quæ prius consequi non poteram. Quibus solis petitis, non potest dici Titius in majorem summam liberari. Atqui hinc eventurum est, ut si eo tempore quo cum Sejo agere cœpi, integra decem a Titio exigere non possim; non tamen liberetur Titius in eam summam, sed in quinque duntaxat, neque adeo in majorem summam possit liberari. An non igitur inquam, saltem hoc casu falsum erit, quod Celsus definit, si cum Sejo egero, Titium in tantum liberari, quantumcunque est, quod a Titio exigere non potui eo tempore quo lis cum Sejo contestata est? Et si persona Titii tantum hic spectetur, definitio hoc casu falsa sit. Cum hoc enim solo si agatur, re vera ab eo exigere non possum, quod ego ab illo possum petere, Ipse autem præstare non potest. Sed si etiam Seii in hac potestate ratio habetur, vera est definitio. Cum hoc enim agendo et petendo quod a Titio exigere seu consequi non possum, videor a Titio exigere posse id, quod prius potui, si per me factum sit, quominus possem. Itaque definitio recte sic accipietur: quantumcunque est, quod a Titio, habita etiam Seii ratione exigere non potui, tantum postea a Titio petere non possum. Quæ de his dicta sunt, quæ ante litem cum Sejo contestatam in facultatibus Titii contigerunt; eadem et de his dicenda sunt quæ acciderunt postea; ut quemadmodum illa, sic nec ista spectentur ad eam liberationem Titii de qua loquimur. Itaque nec si Titius postea minus facere cœperit: in majorem summam liberabitur, quam in eam, quam a Titio exigere non potui tum, cum egi cum Sejo, eamque ab illo petii: Nec si postea locupletior factus facere posse cœpe-

rit, quod ab eo ante exigere non poteram: eo minus liberabitur in eam summam, quam a Sejo petii. Utpula, cum quinque a Titio consequi possem, alia quinque non possem, necdum tamen ab eo quidquam exegissem: petii a Sejo quinque illa, quæ a Titio me exigere non posse constabat. Deinde etiam minus quam quinque facere posse cœpit Titius atque adeo in totum desiit esse solvendo. Non ideo liberabitur in majorem summam, quam quinque, quæ tempore litis cum Sejo contestatæ exigere ab illo non potui: eadem illa ratione; quia hæc sola petii a Sejo, neque hac petitione potest quisquam liberari, ultra quam in eam deductum est. Contra, a Sejo decem petii, quæ tota a Titio consequi non poteram. Etsi propterea Titium postea in tantum facultatibus auctum esse, ut posset solida decem præstare; tamen ea res non efficiet, quominus in tota decem quæ a Sejo petii, liberetur. Petitione enim ipsa a principio liberatus cum sit: non potest ullo eventu fieri, quin sit liberatus. Dixi, si Titius postea minus plusve facere cœperit, non autem si a Titio postea minus aut plus exigere potuero: quia si petitione mea liberatur Titius non possum dici quidquam ab eo exigere posse, etsi possit, si velit, præstare.

Recte igitur dicitur, si cum Sejo egero, et hac petitione liberatur Titius in id quod ab eo exigere non potui: non liberari eum, nisi in id quod exigere non potui eo tempore, quo judicium inter me et Sejum acceptum est: quod quam vim et rationem habeat, expositum est. Sed conditio est hæc si hac petitione liberatur Titius in id, quod ab eo exigere non potui. Celsus autem aperte dicit id me postea a Titio petere non
12 posse. In quam sententiam restat, ut inquiramus. Quominus enim id statuatur, omnia videntur adversari. Ex decem promissis a Titio exigere non potui quinque, quia hactenus solvendo non erat. Sed non eo minus illa ipsa quinque debuit, ut ab initio. Quomodo ergo si a Sejo ea petiam, et nec is solvat, Titius liberetur? Sic jus est: rebus integris non nisi solutione aut satisfactione quemquam liberari. *L. si rem, §. omnis, infr. de pig. act.* Non ergo si petam a debitore, et ille non solvat, aut aliter mihi satisfaciat, ideo liberabitur. Et quomodo petitio mea mihi noceat, quæ in hoc comparata est, ut mihi prosit? Denique receptum est, neminem persequendo deteriorem caussam suam facere, sed meliorem. *L. non solet, L. nemo enim, infr. de reg. jur.* Quid, si etiam initium hujus loci refragatur, quominus id statuamus? Nam. Titio a me convento, prius negavit Celsus liberari Sejum. An non idem mutata persona valet, ut Sejo convento, nec Titius liberetur? Nihil ad rem expediendam facit, quod olim respondit Azo, ideo in hac specie, Sejo a me convento, liberari Titium, quia videar hac petitione pactus esse, ne a Titio idem peterem. Nam neque hoc verum est, nec si verum esset, id quidquam prodesset Titio. Primum non quia egi cum Sejo, petendo quod a Titio consequi non poteram: ideo Titium liberare volui. Coactus enim a Sejo petii: quia non poteram consequi a Titio. Nulla remissionis aut liberalitatis significatio est in eo, quod quis facere necesse habuit. *L. rem legatam, infr. de adim. leg.* Tum autem etsi tale aliquid essem pactus; non ideo tamen liberaretur Titius: quia pacta inter alios interposita aliis non prosunt. *L. si unus, §. pacta, vers. ante omnia, supr. de pact.* Nec simile est exemplum ejus creditoris, qui cum unum ex fidejussoribus posset eligere in solidum. Quia cæteri solvendo non erant, egit etiam eum aliis et actionem inter eos divisit: post quam petitionem placet creditorem ad eum fidejussorem, qui solvendo est, postea in solidum redire non posse. *L. liberum, C. de fid.* Voluntate enim sua divisit actionem, qui si vellet, poterat totum ab uno consequi. Hic mihi non est liberum a Titio exigere solidum, ut dicar, si ex parte agam eum Sejo, divisisse actionem, et hoc modo Titium hactenus liberasse. Non enim alia de caussa ago cum Sejo quam quod id quod ab eo peto, a Titio consequi non possum. Itaque cum hæc ratio liberationis displiceret Joanni, neque aliud ei occurreret ad liberationem hanc introducendam: eo adductus est, ut diceret non magis hic Titium liberari, si cum Sejo egero, quam liberatur Sejus, si a Titio petiero: sed esse hanc responsi summam, cum utro ex his prius egero, hac petitione pariter non liberari alterum. Quod et Bartolus difficultate objectionum victus, secutus est, deinde et hoc auctore alii plerique. Sed alterum fieri potest, ut verum sit, quod dicunt, si cum Sejo egero, nec liberari Titium. Alterum non potest recipi, ut ex verbis hujus responsi hæc sententia statuatur. Ait enim Celsus me postea a Titio petere non posse, quod ab illo exigere non potui. Isti dicunt, me nihilominus posse a Titio petere inversa plane sententia. Quod in verbis tam disertis, et tam latine scriptis non videre, pudendæ inscitiæ est. Hac igitur liberatione retenta, quam hic statim ex verbis apparet, quidam tentant eam defendere novationis

jure: quasi nova persona interveniente, quæ idem promittat, novatio facta sit prioris obligationis, ut jus olim fuit. §. *præterea, Inst. quib. mod. tol. obl.* Sed aperte Celsus in specie proposita novationem repudiat, eum ait, Titium liberari petitione mea, et liberari in id quod ab illo exigere non potui tempore litis cum Sejo contestatæ. Nam si novatione liberaretur: dicendum fuit, liberari eum non tunc, cum litem eum Sejo sum contestatus; sed jam tunc, cum certum esse cœpit, me ab illo quid consequi non posse, quoniam tunc conditio stipulationis novantis exstitit. Dicendum etiam liberari eum in eam summam, quam tunc a Titio exigere non potui; non in eam quam exigere non potui alio tempore. Et vero in hac specie etiam ex jure vetere novatio intelligi non potest. Non enim ne hoc quidem jure satis fuit ad novationem, si quod mihi aliquis debet, alius stipulanti mihi promittat; sed accedere oportuit, ut promitteret idem, et tantundem. Aliter nulla erat novatio: veluti si fundum certum a Titio stipulatus, aut partem ejus fundi stipuler ab alio, aut quod idem valet, eumdem fundum detracto usufructu; quo casu priorem stipulationem non novari diserte scriptum est, idque ex sententia juris antiqui in *L. eum qui ita, §. pen: infr. de verb. oblig.* Quod ipsum in proposito contingit, ubi Sejus, quod a Titio consequi non potero, promittens alias tota decem, alias quinque, alias minus, interdum etiam nihil promittere intelligitur, prout va-

13 rie Titius non erit solvendo. Quid ergo est? † dicendum est vere liberationem Titii a Celso hic statui: liberationis autem caussam in eo esse, quod eum constitit Titium in quinque non esse solvendo, ea Sejus debere cœpit ex conditione stipulationis. Ita eventu duo rei esse cœperunt. Quo posito locus fit sententiæ veterum, qui putabant, si eum uno ex duobus reis promittendi agi cœperit ea petitione alterum liberari. Quod placuisse Paulo licet colligere ex ea ratione, quam reddit in *M. decem. infr. de verb. obl.* in qua ea dem sententia Celsum fuisse hic locus probat: utpote qua non posita, neque in priora parte hujus responsi ulla dubitationis caussa probabilis reperiri potest; neque posterioris definitio potest ullo modo defendi.

14 † Sed sunt, quæ huic sententiæ opponantur, partim scripta de hac ipsa specie, partim in universum tradita de petitione adversus unum ex duobus reis instituta. Si do hac specie quæritur, Paulus in *d. L. decem* negat in hac specie duos reos esse: sed negat esse ab initio tunc, cum Titius nondum excussus est. Et recte negat: nam quandiu incertum est, an a Titio promissum consequi possim, Sejus nihil debet, eoque debendi reus non est. Sed cum uterque idem debere cœpit, quod fit, eum a Titio quid exigere non possum; res eo deducitur, ut in eam summam, quæ pariter ab utroque debetur duo rei esse incipiant. At rursum idem Paulus in *L. si decem, infr. de sol.* diserte scribit in eadem hac specie, etsi cum Sejo prius egero, Titium in nullam partem liberari. Nihil id huic loco adversatur: in quo intelligimus eum Sejo secundo promissore actum esse recte, et ex conditione stipulationis: quod fit eum agitur tunc, cum jam actum esset eum Titio, et constitisset me ab eo quinque consequi non posse. Differentiæ ratio in promptu. Nam si Titio prius non convento et excusso cum Sejo agi non potest, ut non potest: *d. L. decem, in fin. de ver. obl.* quæcunque adversus eum petitio primum instituitur, eam nullam esse necesse est. Porro ex inutili et nulla petitione Titius liberari non potest. Cum autem prius cum Titio actum est, cœpitque intelligi ab eo quinque exigi non posse, tune obligatur Sejus, eaque summa recte ab eo petitur. Hac petitione, quæ vero petitio est, non mirum si alium liberari posse dicimus. Sed ut de hac specie nominatim contra nihil dicatur: attamen de pactione adversus unum ex duobus reis instituta exstat hæc definitio compluribus locis in universum tradita, hac petitione alterum non liberari. Sic enim dicitur liberari alter, si is qui conventus est, præstiterit, ut in *L. 5. in fin. infr. com.* alibi, si cum uno actum sit, et solutum, ut in *L. si ex toto, 8. §. 1. infr. de legat. 1.* alibi ne qua sit hæsitatio, aperte scriptum est, non liberari alterum, si cum altero agatur; non enim electione eos, sed solutione liberari, ut in *L. 1. §. si apud, infr. dep.* Dicimus non esse hæc argumento, Celsum idem sensisse. Etsi enim fuerint ex veteribus, qui putarent unius ex promittendi reis electione non liberari alterum: facile tamen probari potest, fuisse et quidem frequentius, qui putarent liberari. Inepta Pauli defensio est in *L. decem de ver. ob.* nisi hoc pro jure certo, quod ipse agnosceret, posuerit. Ejusdem definitio est in *L. qui servum, vers. nec hæc inter se, supr. de interrog.* uno ex duobus reis debendi convento, alterum quoque liberari. Sed et hanc veterum sententiam fuisse aperte declarat *L. ult. C. de fid.* qua Justinianus etiam in duobus reis promittendi se constituere ait, ne ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alterum fiat.

Frustra, nisi aut ita jus vetus fuit, aut certe de eo veterum dissensiones fuerunt. Adde, quod ea constitutio eum sit una ex quinquaginta decisionibus Justiniani, ad emendationem juris veteris aut veterum dissensiones componendas comparata est. Hæc emendatio nisi in eo quod fuit, consistere non potuit. Nec dubium est, quin unius electione liberari alterum senserint plu-
15 res, quam supra scripti loci ostendunt. † quod ex *d. L. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1. potest constare. Perspicuum est enim pro his verbis *si cum uno actum sit, et solutum, alter liberatur*, quæ verba initio illic leguntur, scriptum a Pomponio fuisse tantum, *si eum uno actum sit, alter liberatur:* ut sit sensus, unius electione liberari alterum. Nam si diceret, alterum liberari, si unus non solum conventus esset, sed etiam solvisset: supervacua esset et ridicula quæstio quæ sequitur, an si creditor partem ab altero petierit, posset reliquum ab altero petere. Plus quam enim stultum est dubitare, an si pars tantum ab uno petita sit, liberetur alter: eum etsi totum petitum esset ab uno, tamen prius constitutum sit, alterum non liberari. Sed hoc ita est: cum prius ita scripsisset Pomponius, *si eum uno actum sit, alter liberatur:* recte ex eo dubitavit, an pariter dicendum sit, alterum in solidum liberari, etsi eum uno de parte tantum actum sit. Et respondet non idem dicendum esse, nisi pro portione. Proinde reliquum quod petitum non est, ab altero quoque peti posse. Cum dicit ab altero peti posse reliquum: satis ostendit id ipsum quod ab uno petitum est, non item posse peti ab altero, itaque hac petitione alterum liberari; ut appareat locum a compositoribus Pandectarum interpolatum esse. Hæc aliorum sententia eum fuerit, sive omnium, sive plurium: nihil obstat, quominus idem quoque Celsus senserit. Et vero id eum statuisse jam ante ostendi; eum neque in priore parte responsi ulla fuerit probabilis dubitandi caussa, nisi hoc jure posito: neque posterior pars ullam defensionem habeat, nisi in hoc jure constitutam. Verumtamen hac veterum dissensione admissa, incidimus in hoc incommodum ut fateri cogamur esse aliquid in Pandectis contrarium: quod Justinianus recipi vetat, et vero negat inventum iri, si quis subtiliter diversitatis rationem exeutiat. *L.* 2. §. *contrarium, C. de vet. jur. enuel.* Ergo ut huic morem geramus, consultum est id dicere, quod Duarenus ad *d. L. decem. infr. de ver. obl.* dissimilibus in caussis superiora hæc responsa esse non sine certa differentiæ ratione: proinde contraria inter se videri non debere, neque eo minus verum esse, quod hic Celsum sensisse diximus. Summa autem hec est, In bonæ fidei judiciis, et in legatis, uno ex reis debendi electo, alterum non liberari; in strictis judiciis contra. Et sane quod in *L.* 5. §. *ult. infr. com.* item in *L.* 1. §. *si apud. infr. dep.* scriptum est, uno electo, ita liberari alterum, si conventus solverit: in bonæ fidei judiciis scriptum esse constat. Nam horum locorum in priore agitur de re duobus commodata; in posteriore de re apud duos deposita. Quod attinet ad *L. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1. agitur in ea de re legata a duobus heredibus ita, ut duo rei ejusdem pecuniæ fuerint. Legata propemodum bonæ fidei judiciis comparantur *L. in minorum, C. in quib. cau. in int. re nec. non est.* quo scilicet plenius testantium voluntates exitum habeant, juxta regulam juris. *L. in testamentis, infr. de reg. jur.* At de stricto judicio hic agitur, et in *d. L. decem. de verb. obl.* agitur enim de duobus reis promittendi qui constituuntur stipulatione. Ac quæ hinc actio nascitur, eam stricti judicii esse convenit. *L. in actionibus*, in *fi. juncta L. seq. infr. de in lit. jur.* Nec alterius generis actio est, quæ nascitur adversus eum qui interrogatus in jure, se servum occidisse confessus est; de quo scribit Paulus in *d. L. qui servum, supr. de interrog.* Nec obstat, quod in *d. L. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1. dicitur: si cum uno ex duobus heredibus debendi reis actum sit et solutum, alterum liberari: quasi si duo rei promittendi essent, idem juris esset. Hoc enim eo dicitur, quia in duobus reis promittendi certo jure hoc evenit, ut unius solutione alter liberetur; sed non ideo consequens est, alio facto unius non posse alterum liberari. Differentiæ rationem si quis quærat, hæc reddi potest: quod humanius omnia et plenius æstimantur in bonæ fidei judiciis, utpote in quibus penditur res ex æquo et bono; aliter atque in strictis judiciis. §. *in bonæ fidei, Inst. de act.* Secundum quod dici potest subtilitate juris fieri, ut uno ex duobus reis conventu, alter liberetur, quasi qui conventus est, esset solus: quod hujus obligationis natura exigit. Verum hanc subtilitatem in strictis judiciis recipi posse, ut fert eorum natura: in bonæ fidei judiciis ferri non debere, quia eorum naturæ adversetur. Sed hæc ut locus hic Celsi intelligeretur, a me exposita sunt. Nam quod ad rem attinet, utrum id sentiat Celsus, quod dixi, quam quam rationem in eo habeat: et num etiam in eo diversa tantum, non contraria; et quamobrem non

contraria veteres scripserint, supervacuum est hodie quærere post constitutionem Justiniani, *L. ult. C. de fid.* qua, veterum dissensionibus sublatis, in universum constituit, non unius ex duobus rei conventione et electione, sed tantum solutione alterum liberari, etsi duo sint rei promittendi. Qua constitutione, una etiam hic locus et si qui sunt similes, qui petitionis liberationem statuant, emendati et sublati sunt. Quid ergo in hujus loci explicatione tam multis opus fuit, alioqui, ut videtur, inutilibus? Et quæ de Sejo subsidiario promissore dicta sunt, quando cum eo agi possit; quæ sit necessitas primi debitoris conveniendi, et excutiendi; quæ in discutiendis ejus bonis forma servanda, valent etiam nunc omnia, et præcipuum usum obtinent hodie in fidejussoribus, mandatoribus, pignorum possessoribus conveniendis. In liberatione Titii, quam ex Seii conventione nasci hoc loco Celsus voluit, consilium fuit superiora persequi diligentius, ut loci dubitatione, et sententia plane cognita, sciremus, quid de ea parte, quantumque ex hoc loco sumendum esset: ne forte aliud, quod locus non dat, ut fit in locis obscurioribus non satis explicatis, hic anxie, et tamen frustra quæreremus. Spero etiam, ipsa per se obscuri responsi cognitio delectabit.

Ad §. *Labeo ait.*

Labeo ait, cum decem dari curari stipulatus sis, ideo non posse te decem dari oportere intendere, quia etiam reum locupletem dando, promissor liberari possit: quo scilicet significet, non esse cogendum eum accipere judicium, si reum locupletem offerat.

Refertur hoc responsum totidem verbis in *L. illa stipulatio.* 67. §. 1. *infr. de verb. obl.* ubi locus est a me expositus.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM DIG. DE JUREJURANDO

SIVE VOLUNTARIO, SIVE NECESSARIO, SIVE JUDICIALI.

CAPUT I.

De jurejurando duæ quæstiones: Jurisjurandi extra litem et judicia usus, qui quidem effectum juris habeat.

SUMMARIA.

1. *Jurandi necessitas in contractibus nulla, et quasi contractibus.*
2. *Jurisjurandi vis in his ipsis.*

De Jurejurando duæ sunt omnino quæstiones, ad quas cogitationem et præcepta juris referre oporteat, cum de jure jurisjurandi inter privatos agitur. Una, an quis alio postulante cogendus sit jurare de re aliqua. Altera, si quis sponte juraverit, an servandum sit jusjurandum. Has quæstiones peperit utilitas, quæ ex his rebus percipitur. Sæpe enim accidere potest, ut nobis utile sit cogi adversarium jurare. In contractibus quidem eo, ut motus religione præstet, quod alioqui non deberet, aut non præstaret; in iis autem quæ adversus nos instituuntur, et in quibus metuimus illius affirmationem: ut religionem metuat, et potius quam pejeret, omittat id quod instituit, ac nobis molestus esse desinat. Illa vero perspicua est utilitas jurisjurandi, si postquam juratum est, ratum est jusjurandum. Sic enim eveniet, ut in contractibus nobis prosit jusjurandum alienum: in lite autem nostrum: cum et illic qui juravit, se quid nobis præstiturum, nobis obstringatur; et hic fides nobis habeatur, steturque jurijurando, ut hoc modo statim omni onere et molestia probationis defungamur. Hinc ergo, ut dixi natæ illæ quæstiones duæ, quarum una est in summa necessitate suscipiendi jurisjurandi, altera de vi et auctoritate suscepti. De quibus aliud placuit extra litem in bis, quæ consensu geruntur inter aliquos, ut in contractibus et conventionibus; aliud in lite ac judiciis, atque his quæ geruntur adversus invitos. † In rebus contrahendis, omnique 1 conventione, et omnino extra litem ac judicium, nulla cuiquam necessitas jurandi imponitur in re privata, altero postulante, quantumvis postulantis intersit sibi jurari, et adversarium obstringi religione ad firmandam fidem. Certe nusquam hanc necessitatem in bis caussis (1) ullo edicto aut lege impositam legimus, et merito non est imposita. Constat enim contractus omnisque conventio consensu. *L. 1. supr. de pact.* cui contrarium est cogi quemquam facere, quod nolit. Itaque ut cuivis liberum est ab initio contrahere. *L. sicut, C. de obl. et act.* sic et liberum esse debet jurare. Jurabant quidem olim se judicio stituros rei, qui eo nomine satisdare non cogebantur, ut significat Titulus *C. 5. pr. et C. 6. §. 2.*

(1) Sane species singularis, ubi contractus juratus fieri jubetur, habetur in *Nov.* 120.

qui satisd. cog. supr. non cogebantur autem, qui immobilia possidebant. *L. sciendum. eod. tit.* Sed fiebat boc in cautione prætoria, idest, necessaria, et quæ litis ac judiciis caussa interponeretur. *L. 1. infr. de præt. stip.* Nos de his agimus, quæ extra litem et judicium aguntur. Eadem fere quasi contractuum ratio, quæ et contraetum. Jurabat olim mater in suscipienda tutela filiorum suorum se ad secundas nuptias non venturam. Sed bane necessitatem jurandi postea sustulit Justiniaous nuvella lege, unde *auth. sacramentum. C. quand. mal. tut off. fun. por.* Quæ etsi nunc maneret; tamen bæc necessitas non esset necessitas, utpote quam mater sibi imponeret non necessariam tutelam appetendo: aotem evitaret. Certe a cæteris tutoribus, qui ad tutelæ munus vocantur, nullum de tutela recte administranda (2) jusjurandum exigitur. Curatores quibusdam in caussis excepti sunt ejusdem Justiniani constitutionibus. Etenim *Novell. ut hi qui obl. se hab. per.* a curatoribus minorum jusjurandum is exegit; sed necessitate suadente duabus in caussis. Una, si sit curator is, qui adjungatur, velut observator ei tutori aut curatori, cui cœpta administratione minor aliquid debere cœperit. *§. sed etsi quis.* Altera, si curator detur minori inopi. *§. ult:* Ab umni autem curatore furiosi, qui pater non sit, sine exceptione exegit jusjurandum. *L. ult. §. etsi quidem. C. de cur. fur. L. de creationibus, vers. 1. et ult. C. de ep. aud.* ✝ sed et vis jurisjurandi (3) in contractibus prope nihilo

2 major, si quis juravit se quid præstiturum. Nam ita fere bic jus est, ut si conventio per se non valet, jusjurandum hanc non confirmet, nec pariat obligationem: Si valet, jusjurandum ei nihil addat. Quorum tamen utrumque quibusdam in caussis aliter observatur; sed his certis, et numero ita paucis, puta ad summum fere tribus, ut facile hæ exceptiones paucæ confirment, definitionem juris in eam sententiam esse, quam diximus. Ac quod ad ubligationem attinet, una hac in caussa obligationem ex jurejurando nasci legimus, cum alioqui sine jurejurando obligatio nulla esset, si libertus patrono juraverit se operas donum, munus præstaturum. *L. ut jurisjurandi. in pr. et vers' jurare. infr. de op. lib. L. si quis pro eo. infr. de fidejus.* Cum autem pactio sine jurejurando valet, animadverto quidem jusjurandum ad vim pactioois aliquid adjicere, sed duabus tantum in caussis: in transactione, et in minorum cuntractihus. Nam in transactione, si quis juravit se adversus transactionem nihil facturum: præterquam quod traosactioni cogitur stare, quod sola conveotione facere satis cogebatur: hæc etiam pœna adjicitur, ut qui contra veniendum esse putaverit, vel instituendo actionem, vel promissa non implendo, is et notetur infamia, et actione privatus, omnique commodo quod ex transactione consequebatur, boc amplius etiam pœnam pactis insertam præstet. *L. si quis major. C. de trans.* In contractihus autem minorum hoc valet jusjurandum, ut sive juraverit minor se pacta servaturum, sive juraverit se majorem esse, quo facilius secum contraheretur: utroque modo sic obligetur jure Civili, ut et prætorio denegetur ei in integrum restitutio. Prius cautum est constitutione Frederici. *auth. sacramenta, C. si adver. vend.* Posterius in *L. 3. C. si min. se majo. dix.* Atque hæc vis est jurisjurandi in conventionibus jure civili. Alia Pontificio, quo jure hoc tribuitur jurijurando, ut sine exceptione valeat inter contrahentes, et (4) teneat eum, qui juravit, quod quidem fieri possit sine detrimento salu-

(2) De juramento tutoris, an necessarium et quid contineat, vid. Gutierrez. *de tutelis et curis P.* 1. *C.* 12. *n.* 30. et seqq. Jo. Bath. Asin. *Tr. de Exsecut.* §. 8. *C.* 8. *et C.* 133.

(3) Fuse varieque hæc quæstio examinatur, quam nunc definire non fert institutum. Consentiunt fere Donellu Duaren. *in Post. Com. hoc tit. Cap.* 1. Cujac. 22. *Obs.* 7 Mudæ. *in §. item si* 11. *I. de act. n.* 1. Busius *ad L.* 9. §. 1. *h. tit. n.* 5. et seqq. Bronch. 2. *Ass.* 28. Fachin. 3. *Contr.* 12. Coras. *in L. admonendi* 31. *h. t. P.* 1. *n.* 12. Maranta *Speculi P.* 6. *Actu* 9. *de juram. n.* 34. Rulant. *de Invocat. utrjusque brachii C.* 9. *n.* 9. Seraphin. *privil. juram.* 19. *n.* 3. Forst. *de Pact. C.* 8. *pag.* 227. et seqq. Contra Forcat. *Dial.* 53. Fortun. Garcia *ad C.* 1. *extr. de Pact. n.* 100. et seqq. Gutierrez. *de Juram. confirmat. Parte* 1. *C.* 34. *n.* 1. *in fin.* Sarmient. 1. *Select. interpret.* 3. Vera erit posterior horum opinio, si ea solum ratione, ex pacto nudo datur actio, quia non animo id deliberato initum. Verum illa ratio a multis rejicitur, vid. Frid. Martini *de jure Censuum C.* 3. *n.* 110. Enimvero DD. etiam illi, qui juramento promissorio vim obligativam negant, confirmatorio tamen plus fere tribuunt vid. Coras. *ad d. L. admonendi P.* 1. *n.* 25. et seqq. De cujus viribus absolutior exstat tractatus Joan. Gutierrez. *de juram. confirmatorio.* An donatio conjugalis ita firmetur, vid. Tessaur. *Decis.* 32. *et* 111. Sc. Gentil. 3. *de Don. int. vir.* 25.

(4) Vid. *C. debitores* 6. *h. t. C. quoties cordis* 9. *C.* 1. *Q.* 7. *etc.* Num autem via actionis, an officio judicis implorato, anne

tis æternæ. *c. cum contingat. ex. de jurei.* Sed si jusjurandum esset contra leges, recte putaverunt juris auctores non esse servandum, quodcunque esset id, quod prohiberetur. *L. non dubium. C. de leg. L. jurisgentium. §. si paciscar, in fi. supr. de pact.* Indignum est enim re sacra abuti ad oppugnandas bonas leges, ad quas potius confirmandas rem sacram adhiberi oportebat. Neque vero videtur licere judici etiam *ex verbo* (*) *Dei id jusjurandum* servare, si quis privatus ad legis auxilium et jussum revocet. Nam si Dei ordinationis resistit, qui magistratui resistit, ad Rom. 13. multo magis resistit, qui resistit bonis legibus, quæ imperant ac præsunt Magistratui, et in quibus sita est omnis potestas et auctoritas magistratus. *L. 1. et 2. supr. de legib.* Quod si jusjurandum non est contra leges; non tamen debet esse in potestate privati cujusquam, ut sibi actionem aut retentionem sumat in re aliqua propter adversarii jusjurandum extra quam illi jure facere conceditur. Ac magnæ caussæ sunt, cur non passim hæc tribuantur ex alieno jurejurando. Nota est enim hominum levitas cum in promittendo, tum in jurando. Huc accedit, quod jusjurandum alterius rei caussa adhibetur. Non abs re igitur absurdum putaverunt veteres, alias res jurejurando confirmari, quam quæ per se idoneam caussam haberent, cur essent servandæ. Grave quidem est pejerare, nec unquam vir bonus, quoad salva pietate liceat; id faciet. Sed hoc cuique apud se privatim æstimandum permittendum est, ut quale sit, quod juravit, et de ira Dei adversus contemptum ejus nomen cogitet; non etiam ideo adversario postulanti (5) actio aut ex-

censura Ecclesiastica compellendus qui juravit, inter nostros non convenit, vid. Stieb. *ad Rub. Cod. de Reb. cred. et Jurei. n.* 17. Covarr. *ad C. quamvis* 2. *de Pact. in* 6. *P.* 1. §. 2. *n.* 5. Gutier. *de Juram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 34. *n.* 2. *et* 3. Marant. *supr. dict. n.* 34. Civilis enim legislator omnia ex publica utilitate, quæ ex legum observatione, æstimans non patitur valere contra leges. Pontificibus præcipua animarum cura, ne qua perjurii occasio induceretur, A. Fab. 41. *Err. Prag.* 4. Coras. *ad d. L.* 31. *n.* 17. Garcia *ad d. C.* 1. *de pact. n.* 105. et seqq. Et hoc jus Canonum servari debere in foro quoque sæculari volunt: cum in materia hac, seu concernente perjurium et periculum animæ, Canonibus standum sit. Gutierrez *in Repet. auth. Sacrum. puber. n.* 14. Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 10. *n.* 215. ubi hoc securius conscientiis esse statuit, itaque crebrius pronunciatum esse refert. Confert tamen Myns. 6. *Obs.* 62. *n.* 4. *et* 2. seqq. *ac not. supr. lib.* 21. *C.* 13. *N.* 15. *et passim.* Plane exsecutionem paratam non habere juramentum promissorium testatur ex communi, Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 2. *n.* 13. ac de contractu jurato, Gutierrez. *de Jurament. confirmotorio P.* 1. *C.* 62.

(*) Verbum Dei juramenti Sanctitatem et religionem custoditam inviolatamque omnino vult. Ita enim Dominus Num. XXX. *v.* 3. præcipit: *Si quis virorum . . . se constrinxerit juramento, non faciet irritum verbum suum, sed omne quod promisit, implebit.* Quousque autem vis et obligatio pertingat, qua quis divino Numini se obstrinxit juramento; non utique Donelli, sed Theologorum, et in primis canonici juris auctorum Summorum Pontificum munus est definire. Cui pontificio sive canonico juri standum esse prudentissime monet Hilligerus *hic N.* 4. Neque vero locus ille *ad Rom.* 13. quo frequentissime Donellus abutitur, contrarius est juri pontificio. Nam quemadmodum, ut docte atque erudite explicat Didac. Covarr. in *Cap. quamvis, de pact. in* 6. 2. *P. Relect. init. n.* 1. et seqq. *et* §. 1. *n.* 1. *et seqq.* ingenue fatemur minime servandum juramentum, si quando interpositum sit adversus leges, quæ quid præcipiunt quod est etiam juri naturali consentaneum; aut illi contrarium prohibent; item quod sit adversus leges civiles, quæ aliquid jubent aut vetant propter utilitatem publicam primario, et præcipue: Ita negamus omnino, quod attinet ad juramentum adversus illas factum, eandem esse vim atque auctoritatem Legum Civilium, quæ actum tantummodo prohibent et præcipue propter favorem privatorum. Cujusmodi leges sunt, adversus quas urgent juramenti vim et sanctitatem Romani Pontifices in jure Canonico. Vide, ne actum agamus, quæ disputata sunt a doctissimo Hilligero adversus Donellum *supra, Commentar. Jur. Civil. Lib. XXI. Cap.* 13. *N.* 14. *et* 15. et hic observata *N.* 4. Consule etiam Emmanuelem Gonzalez in *Commentar. Cap. Cum contingat, ex de jurejur. n.* 11. Petrum Gregorium in *Syntagm. jur. univ. lib.* 50. *Cap.* 5. Gutierrez in *Relect. Auth. si Sacramenta, Cod. si adv. vendit. n.* 9. *usque ad n.* 31. *et n.* 35. *ad n.* 38. Petrum Barbosa *ad tit. D. sol. Matrim. L.* 1. *P.* 1. *an.* 61. *ad* 71.

(5) Confer. *not. supr. lib.* 21. *C.* 13. *N.* 15. Quin nec naturalem obligationem ex nudo jurejurando oriri, sunt qui statuant, ut Sichard. *ad Rub. C. hoc tit. n.* 15. Cujac. 22. *Obs.* 7. ubi jusjurandum inutile nec pro pacto cedere, ut naturalem obligationem pariat, scribit. Contra tamen Coras. *ad L. admonendi* 31. *de jurei. P.* 1. *n.* 19. et seqq. Garc. *ad C.* 1. *de pact. n.* 106. P. Greg. 50. *Synt.* 4. *n.* 7.

ceptio concedenda, quæ jure illi propter justas caussas publice utiles non datur. Cum autem jure civili superiora constituta sint de necessitate jurandi, et si jurisjurandi in contractibus ac negotiis gerendis: mirum videri non debet, si de jurejurando hujus generis neque hoc titulo, neque alio ullo ex professo agatur. Non enim potuit hic proponi necessitas jurandi, quæ jure nulla est; nec de hujus vi in universum agi, cum hæc non generi ipsi, sed certis tantum caussis, et his vix paucis tribueretur. Quam ob caussam merito fuit ad suas species hæc tractatio rejicienda. Ac ne nunc quidem de his diceremus hoc loco, nisi hoc ipsum vellemus intelligi, nullam in hoc genere istiusmodi necessitatem quærendam, esse qualem diximus; ac ne vim quidem ullam, præter eam, quæ exposita est. Simul rationem huic titulo et edicto prætoris constare; in quo cum disputatio instituatur de jurejurando, nulla tamen mentio sit istius, quod adhibetur in negotiis gerendis.

CAP. II.

Jurisjurandi in lite et judiciis usus, tum genera, De jurejurando Calumniæ, Testimonii, Purgationis, Judicio sistendi caussa, litis decisionis.

SUMMARIA.

1. *Edicti et tituli de jurejurando summa.*
2. *Remedia expediendarum litium tria, et in his cur maximum, Jusjurandum: L. 1. exposita.*
3. *Jusjurandum deferre adversario utile, etsi periculosum.*
4. *Titulus de jurejurando cur inter res creditas.*

Sicubi ergo jure civili ulla necessitas est suscipiendi jurisjurandi, cum delatum est, aut sicubi præstitum in universum servari placet; id in lite ac judiciis receptum est: non alibi. Et vero utraque hæc in lite et judiciis constituta sunt. Sed neque recepta in omnibus caussis, neque in omni jurejurando, neque iisdem conditionibus. Variantur hæc pro genere jusjurandi. Proinde genera ipsa nobis distinguenda, et separatim cognoscenda sunt. Distinguuntur autem hæc ex fine atque usu jurisjurandi. Jusjurandum omne in lite, ut est usus ad quem adhibetur, ita duplex est. Interponitur enim aut religionis solius injiciendæ caussa, aut (1) litis et controversiæ decidendæ gratia. Religionis injiciendæ caussa interponi dico, cum id agitur solum jurejurando, ut qui dicit quid, aut postea dicturus est, excitetur ad verum dicendum religione, et a falso deterreatur. Quod cum dicimus, statim intelligitur hoc dicere nos, quod jusjurandum hujusmodi est, etsi maxime ultro præstitum sit, tamen sola fide et religione jurantis contineri: ad ea autem, quæ juratus dixit, confirmanda nullam vim habere: ut si hic agerutur tantum de vi, nihil esset, cur de eo interponendo, laboraremus. Sed cum expediat nobis eum qui quid dicturus est; religione teneri, ne falsum dicat; vel ob hanc caussam interest nostra quæri, num necesse sit id interponi, rum exigitur. Et placet necesse esse; verumtamen ne hoc quidem passim, aut in omni eo, quod quis dicit in judicio; sed certis tantum in rebus, et certis tantum partibus litis. Et hujus generis jusjurandum receptum est triplex in litibus; calumniæ testimonii, et quod vulgo non malu vocatur, purgationis. Jusjurandum de calumnia semper initio litis a litigatoribus et patronis ita exigitur, ut his delatum detrectare impune non liceat. *L.* 2. *C. de jur. prop. ca. dan. L. rem non novam*, §. *patroni. C. de jud.* nonnunquam et postea in certa aliqua parte litis: ut, ab eo qui jusjurandum defert. *L. jusjurandum* et ad §. *qui jusjurandum, hic:* de quo post suo loco. Testimonii veri jusjurandum similiter exigitur a testibus,

(1) Vult. *ad* §. *item si* 11. *ipsi* 10. *I. de act. n.* 8. Judiciale interponi vel ordinandæ litis caussa, ut calumniæ, dandorum et respondendorum, testium, personarum judicii, cautio juratoria, etc. vel finiendæ. Ut suppletorium in litem, decisorium, purgationis, super expensis, etc.

priusquam dicant testimonium. *L. jurisju. C. de test.* Purgationis (a) jusjurandum vocant, cum reus alioqui ab actore non convictus, tamen purgandi sui caussa juratorem ita se habere, ut dicit. Quod paucissimis quidem in caussis; in quibusdam tamen, conditione earum caussarum ita quodammodo exigente, reus subire cogitur: quæ his fere locis occurrunt. *L. præsenti, §. sicubi, C. de his qui ad eccl. con. auth. novo jure. C. de pœ. ju. qui ma. jud. L. ult. §. sin autem dubitatio. C. de ju. dom. imp. L. ult. C. de fid. inst. §. ut autem. Nov. ut hi qui obl. se hab. per.* Cum unum aliquod ex his imponitur, necesse quidem est id præstare; sed præstitum non eam vim habet, ut aut juranti prosit secus, quam si non jurasset, aut aliis noceat. Nam et postquam juraverint litigatores nihil se calumniæ caussa dicere aut facere, tamen veritati locus superest in judicio, ut et actori reum convincere, et reo actorem refellere liceat. Licet et testes quantumvis juratos falsi coarguere. *L. ult. C. de test.* Sed nec quisquam jurjurando rei, quod ad purgationem sui deferente judice juravit, stare cogitur, ut declaratur in *d. auth. novo jure, C. de pœ. jud. qui mal. jud.* Ac ne in re quidem dubia id jusjurandum jurantem liberat: cum verius eum liberet etiam sine jurejurando regula juris, quæ efficit, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstiterit. *L. qui accusare, C. de edeft.* ut appareat recte dictum a nobis, hoc genus jurisjurandi injungi solius religionis iniiciendæ caussa; cum huc spectet, ut qui jurat deterreatur a falso metu religionis; extra autem hunc metum non progrediatur. Superioribus istis generibus fortasse quis non male quartum addiderit, quod judicio sistendi caussa a reo in jus vocato olim interdum exigebatur, ut significatur in inscriptione *tit. supr. qui sat. cog.* Nam et hoc necesse erat præstari, si quis vitare vellet, ne statim in jus duceretur. Sed præstitum non majorem vim habuit, quam si nuda cautione idem promissum esset. Hic enim erat exitus, ut qui juratus non stitisset judicio, teneretur in id quod acturis interest. Nam nec tenebetur aliter, qui præter cautionem dedisset fidejussores. *L. 2. §. ultim. supr. qui sat. cog.* Atqui eodem modo ageretur adversus eum, qui simpliciter quid cavisset. *L. quoties quis, infr. de ver. obl.* De his generibus nusquam uno et proprio titulo agitur; quia singula ad certas res tantum, certasque partes iitis tantum pertinent. Ideo et ad illas remittuntur, ut intelligatur, quid a jurejurando præstandum sit in singulis ad ritum et ordinem singularum. Quapropter et hoc totum genus ab his titulis de jurejurando, qui sunt in Pandectis et Codice, remotum est. Litis decidendæ caussa interponitur jusjurandum cum defertur uni ex litigatoribus de re controversa, ut vel juret, exempli gratia, sibi deberi actor, vel reus se non debere. In hac delatione hic animus est deferentis, ut fides habeatur juranti, ac propterea quasi re probata a lite discedatur. Et hoc jusjurandum jure duplex est. Est enim cum nullum ob delictum adversarii, sed ob solam decisionem litis interponatur. Est, cum interponatur ob delictum seu culpam debituris, litis quidem decidendæ caussa; sed tamen maxime, ac præcipue debitoris coercendi. Prius est, de quo tractatur hoc titulo *L. 1. hic.* De posteriore agitur titulo sequenti. Est enim id, quod appellatur in litem, cui sola caussam præbet culpa debitoris. De his ergo suo ordine agemus. Cui sola litis decisio proposita est sine delicto adver-

(a) *L. 4. §. 3. D. de edend. C. 1. et 2. C. inter solicitud. 10. extr. de purgat. Con.* Ita dicitur, quod per id reus suspiciones elidendo conscientiam suam purget. Cui præcipuæ locus in caussis arduis, civilibus et criminalibus, ubi indicia et suspicio contra reum, Beust. ad *Rub. D. h. t. n. 195.* et seq. et in *L. admonendi 31. h. t. n. 143.* et seqq. Sanxitque Elector Sax. Augustus *Nov. sua 22. P. 1.* quod et in civilibus, ubi gravior contra reum suspicio, ex officio judicis deferri debeat. Ejus usus in matrimonialibus crebrior. Notatque Sneidv. in *§. 11. I. de act. n. 32. post. gl.* et Panor. debere ibi reo neganti deferri, etsi actor nihil probet: declarans tamen, modo subsit aliqua suspicio vel præsumptio pro matrimonio. Ac quod ei locus tunc sit, etsi concubitus non intercesserit, judicatum refert, Moller. ad *d. Nov. 22. ac seq. n. 10.* De hoc jurejurando plura expetens adeat, Bargal. *Lib. 4. de Dolo C. 9.* Pacia *Lib. 1. de Probat. C. 39. n. 11.* et seqq. *C. 71.* Myns. *2. Obs. 87.* Wes. *Cons. 98. n. 26.* et seqq. P. Heig. *P. 1. Q. 40. tota* Rauchbar. *P. 1. Q. 8. n. 75. ad seq. et P. 2. Q. 3.* (ubi disquirit nunquid reus necessitate hujus præstandi, suscepta probatione innocentiæ, se exsolvere possit) Forster. de *Jurisd. Rom. P. 2.* lege Mumm. *3. p. 4.* et seqq. ubi quoque de variis purgationum generibus antiquis tractat; de quibus, et Cujac. *Lib. 1. de Feud. p. m. 37. ac seq.* Phil. Camerar. *2. Oper. succisiv. 18.* Rad. Forner *6. Rer. quotid. 28.* Jo. Georg. Godelman. *Lib. 3. de magis C. 5.* Nicola. Remig. *Lib. 3. Dæmonolatriæ C. 9.* P. Heig. *P. 2. Q. 39.*

sarii, id utrumque illud complexum est, de quo proposuimus, necessitatem dico, et vim jurisjurandi: ut delatum necesse sit præstare, et præstitum valeat. Utrumque tamen
1 suis conditionibus. † Sic enim de eo cautum est edicto, ut si quis jusjurandum deferat adversario, ut juret ita esse, ut dicit: adversarius aut jurare debeat, aut habeatur pro convicto. *L. jusjurandum, et ad, §. ait, L. manifestæ, hic.* Quod si conditione delata juraverit: placet ita ei servari jusjurandum, ac si plane probasset, quod dixit. *L. 5. in pr. §. dato, hic.* Quæ summa est edicti et
2 juris hac de re constituti. † Quo recepto, intelligitur, quale sit, et quam verum, quod scribitur in *L. 1. hic.* (3) maximum remedium expediendarum litium in usum venisse jurisjurandi religionem. Recte maximum remedium: ut quo, si velimus, lis nobis statim, idque invito etiam adversario decidatur. Tantum enim deferamus jusjurandum adversario: statim condemnatio aut absolutio sequetur. Sit enim reus, cui defertur: si non jurat, pro convicto est: si jurat, pro absoluto habetur. Sit actor: eo jurante condemnatur reus; non jurante absolvitur. In condemnatione autem, aut absolutione rei omnis litis et controversiæ finis consistit. *L. 1. infr. de re jud.* Atque ut hoc certum remedium est litium expediendarum: ita etiam vere, ac non tantum amplificandi caussa dictum est, esse maximum per comparationem, ut intelligeretur ex omnibus aliis ejusdem generis esse maximum. Tria sunt enim remedia expediendarum litium jure civili recepta, judicium, transactio, jusjurandum. Rebus judicatis constat stari oportere, nisi sit provocatum. *L. cum prolatis, infr. de re jud.* Idem valent transactiones. *L. non minorem, C. de trans.* Idem et jusjurandum. *L. 1. L. 2. hic.* Ita remedia hæc ejusdem rei pariter omnia sed ex omnibus maximum, idest, paratissimum et expeditissimum (4), jusjurandum. Judicium namque etsi est etiam adversus invitos: tamen longum esse solet, et multas molestias secum adjunctas habet. Transactio etsi utilis interdum, non tamen est cuivis expedita. Non enim locum habet nisi inter consentientes. Non solent autem homines facile adduci, ut de jure suo decedant. In jurejurandum horum utrumque contra evenit, ut sit paratum adversus invitos, et statim rem expediat: cum delatum nemo possit detrectare, quin habeatur pro convicto: si quis autem deferente adversario jurare vult, statim possit, et uno verbo. † Sane non est hoc 3
remedium paratum, nisi ei, qui deferre velit. Videtur autem (5) periculosum ita cuiquam deferre, ut eum in sua caussa testem et judicem facias. Quid enim si pejeret? quod in hac humanæ naturæ depravatione et morum corruptione facile fieri potest. Quæ res videri poterit totum hoc remedium nobis costituere supervacuum: cum si nemo deferat, nullum sit remedium in jurejurando: non videatur autem consultum cuiquam deferre, quia non expediat. Sed non, quia parum tutum est hoc remedium, ideo est inutile. Primum deferre sæpe est necessarium. Neque enim semper veræ intentionis probationes nobis suppetunt; tum vero ut suppetant; tamen propter moras et incertitudinem judiciorum, et propter metum improbi Judicis, aliasque multas caussas sæpe utile est rem jurijurando committere, et fidem adversarii experiri. Certe utilius, ut statim re expedias, et omni

(3) Novissimum refugium *Nov. 73. Cap.* 4. Finis omnis controversiæ ut Apost. Hebr. 6. *v.* 16. Et Rhadamantum olim lites jurejurando finivisse scribit Plato, *Dial.* 11. *de LL.* Unde Græc. ὅρκος q. ἕρκος, idest sepimentum vel quasi ὅρος, finis ac terminus controversiæ, Jo. Guil. Stuck. *Descript. sacror. sacrificiorumque Gentil. f.* 91. Atque de hoc decisorio jurejurando solum loquuntur *tit. D. et Cod. de jurej.* quatenus controversias inter duos pluresve eo dirimuntur, Vult. *Disc. scholast. C. 7. p.* 67.

(4) Transactio a sola partium voluntate, sententia a mero judicis officio. Hic autem utrumque concurrit. In sententia requiritur tela judiciaria, in transactione aliquid dari vel remitti oportet. Hic neutrum, ita Caroc. *de Juram. lit. decisor. Q. 9. Principali n.* 2. *et* 3. Verum prius istud judiciali solum convenit. Nam conventionale, cui eundem effectum adsignat, Car. *Q. 1. 9. Q. Principalis n.* 10. extra judicium præstatur.

(5) Aristot. 1. *Rhet. ult. sub. fin.* Homines autem mali pejerare non curant. Nam qui Deos non credunt, nec perjurii pœnam metuunt. idem *Rhetor. ad Alex. C.* 18. Atque ut Juvenal. *Sat.* 13.

Sunt qui fortunæ jam casibus omnia ponunt
Et nullo credunt mundum rectore moveri.
Atque ideo intrepidi quæcunque altaria tangunt.

Hinc jusjurandum dictum Emplastrum æris alieni, Agell. 16. *Noct.* 7. Frequensque modus solvendi debitoribus, creditum abjurare, Cic. 1. *Ep. ad Att.* 6. Marcil. in *L. 12. tab. collect. C.* 72. Junge *not. infr. C.* 11. *N* 1.

metu ac molestia liberes, quam illa pericula judicii, quæ dixi, cum magno temporis et rei
4 familiaris damno subire. † Hic usus jurisjurandi cum sit, qui hoc titulo explicetur: merito quæri potest, quid titulus pertineat ad res creditas, seu ad contractus, de quibus agitur in hac parte tertia, ut sub ea atque hoc loco inseri debuerit. Et sane quatenus in jurejurando litis decisio spectetur, ad contractus jusjurandum proprie non pertinet, eoque nec proprio ad hanc partem. Ac si ad eam decisionem sine ulla conventione et contractu perveniri posset, non fuisset sub titulo rerum creditarum sine magno vitio insertus. Sed dum illum effectum jurisjurandi obtinere vult Prætor, progreditur longius, et inter cætera si quis actor postulante adversario juraverit sibi deberi, huic eo nomine dat ex jurejurando actionem. §. *item si quis, Inst. de act.* Atque hæc ex (6) conventione est, quæ interponitur inter deferentem et eum qui juravit. *L. sed etsi.* 25. *L. qui jurasse, seq. in ff. hic.* Actio igitur et obligatio ex contractu: qoia ex conventione. Ita hac parte jusjurandum interpositum speciem contractus continet: ac propter partem hic totum explicatur, sine quo non poterat pars commode intelligi. Commodius tamen videatur fortassis, dum vim summam et universam rei spectamus, jusjurandum de quo hic agitur, ad probationes referri. Ideo enim vim eam obtinet, quæ illi tributa est jure, quia pro legitima probatione est, eum hujus recusatio, tum ejus susceptio. *L. manifestæ, L.* 5. §. *dato, his.*

(6) Quia credere est alienam fidem sequi, quod præcipue in jurejurando spectatur, Gilken. *ad Rub. C. h. t. n.* 4. post. Duar. *in Post. Com. h. t. Proœm.*

CAP. III.

Partitio edicti ac tituli, de jurejurando. De vi jurisiurandi voluntarii, seu ejus quod extra judicium juratum est: ex edicto. Quibus conditionibus id valeat. Ac primum de conditione delata.

SUMMARIA.

1. *Ordo et summa edicti ac tituli de jurejurando.*
2. *De vi jurisjurandi quæstio quot partibus contineatur.*
3. *Jusjurandum voluntarium, judiciale, necessarium, quid, et cur hæc in vi jurisjurandi distinguatur.*
4. *Deferre conditionem jurisjurandi, et ferre conditionem alicui, quid.*
5. *Referre jusjurandum, quid.*

Redeo ad remedium litium expediendarum, quod in jurejurando quærimus, et hoc
1 titulo agitur. † Id cum, ut dixi, positum sit ex edicto in his rebus: ut necesse sit jurare, cum delatum est; et cum juratum est, stetur jurjurando: apparet edictum duas habere partes, totidemque esse, in quibus hujus tituli tractatio versetur: easdem illas nimirum, in quas initio omnem de jurejurando quæstionem divisimus, quæ in hæc specie jurisjurandi sola simul spectentur. Unam de necessitate suscipiendi; alteram de vi suscepti jurisjurandi. Sed prius edixit prætor de vi; secundo loco de necessitate. Hoc enim ordine hæ partes edicti proponuntur, et explicantur hoc titulo, ut patet ex *L.* 3. *et L. jusjurandum et ad.* §. *ait,* et ex tractationibus subjectis. In iis autem persequendis, quæ ad edictum pertinent, secuti sunt veteres, item et compositores juris ordinem edicti perpetui. *L.* 2. *supr. de stat. hom.* Easdem partes et nos, eundemque ordinem in his via exponendis nunc sequemur. Nec quisquam præpostere factum putet a prætore, quod prius de vi jurisjurandi edixerit. Etsi enim natura prius est jusjurandum præstari, quam quæri, quid præstitum valeat: non tamen ideo prior est necessitas, quam vis jurisjurandi. Potest enim quis jurare volens, non coactus. Sed ut coactus quis juret: tamen semper ordine tradendi juris prior quæstio est de vi. Ad statuendam enim æquitatem ejus necessitatis, quam prætor hoc edicto imposuit, ante necesse est intelligi, juraturo cautum esse fore, ne frustra juret. Quod ita fit, si prius vis jurisjurandi erit posita. Alioqui iniquissimum fuerit, cogi quemquam jurare, si cum juraverit, nihil ei prosit jusjurandum. De vi jurisjurandi hæc edicti et constitu-

tionum ad hanc partem pertinentium summa est: jusjurandum servandum esse: et quidem ita, ut, jurejurando dato, nihil aliud quæratur, quam an juratum sit. *L.* 5. *in pr. et* §. *dato, hic.* Sed hoc non simpliciter, neque quovis modo; verum ita, ut placeat jusjurandum servari certis conditionibus: et cum valebit, placeat servari certa ratione
2 ac modo. † Ita quæstio de vi jurisjurandi tribus his locis continetur: primum ut de conditionibus, quibus jusjurandum servetur, seu quando id servandum sit: deinde de servandi modo; tum de ejus effectu, qualis sit, et quam varius, quæratur. Sed hæc ita sunt, ut est genus jurisjurandi. Neque enim unum genus est etiam ejus, quod ad litem decidendam solum adhibetur: nec de vi cujusque idem servatur in omnibus. Quamobrem necessario faciendum est, ut de suprascriptis rebus ex unoquoque genere separatim statuatur: quod ita fiet, si distinctis, et notatis generibus, ordine dicetur, qui pro-
3 prium sit in hac quæstione singulorum. † Placet igitur in hac parte interesse, utrum (1) jusjurandum sit voluntarium, an judiciale, an necessarium. Cum compositoribus Pandectarum loquor, a quibus hæc nomina, ut verisimile est, nata sunt. Leguntur enim hæc in Inscriptione hujus tituli in Pandectis; alibi, quod sciam, apud juris auctores non occurrunt. Ea autem vulgo sic interpretantur: ut voluntarium esse dicant, (2) quod a parte parti defertur extra judicium: Judiciale, quod a parte parti auctoritate judicis defertur, judicio instituto: Necessarium, quod judicio quidem jam cœpto, sed a solo judice uni parti defertur. In quas definitiones nunc non est locus inquirendi diligentius: quia an veræ sint, tunc demum intelligi potest, cum cognoverimus de necessitate aut libertate suscipiendi jurisjurandi, unde has appellationes ductas esse apparet. Nunc etsi fortasse non recte ista definirentur hoc modo, quod contra puto; tamen docendi caussa interim mihi concedi volo, eodem isto sensu his verbis uti. Ex quo in summa hoc volo intelligi, cum de vi jurisjurandi, idest, de conditionibus quibus id servandum est, tum de servandi modo, deque ejus effectu quæritur, interesse, utrum juretur de re extra judicium, an vero judicio cœpto; et si cœpto, juretur: referre, utrum ex consensu ipsorum litigatorum, an vero auctoritate solius judicis jusjurandum deferatur. Verba superiora si veteribus usurpata non sunt: at certe res fuit non minus cognita: quæ his verbis postea notata est. Sed nec minus jure hæc distincta. Nam de primo tantum genere cautum est edicto, ut exceptio, et actio, quam prætor ex jurejurando pollicetur, ostendit: de quo plura postea in jurejurando judiciali. Reliqua duo, etsi ex sententia edicti magna ex parte legem acceperunt: tamen acceperunt: tamen acceperunt nonnihil dissimilem a primo, et bonam partem habent ex constitutionibus. De his ergo ita dicam, ut de primo dicatur plenius ex edicto. In eoque explicetur pars edicti; de duobus posterioribus ita, ut quæ communia erunt, ex primo petantur; quæ propria, in illis ea exsequamur. Quod extra judicium juratum est, ratum habetur ex edicto certis conditionibus: quæ partim paucis comprehensæ sunt in fragmento edicti, quod exstat in *L.* 3. *et L. ult.* partim alibi sub hoc titulo indicantur. Hæ sunt summæ quatuor, quas concurrere oportet: Prima, si conditio jurisjurandi delata sit: Secunda, si delata ab eo, qui deferendi jus habuit: Tertia, si exinde juratum sit, aut remissum jusjurandum. Quarta, si qui juravit, ex conditione delata juraverit. Ad vim ergo jurisjurandi hæc prima conditio est, si quis juraverit, conditione delata. idque edicto expressum est in *L.* 3. *hic.* Est quidem id fragmentum, quod illic refertur, scriptum de reo. Sed si reus jurans non aliter tutus est, quam ista conditione: dubitari non debet, quin multo minus actori juranti detur actio, nisi eadem ista conditio intervenerit: favorabiliores enim sunt rei, quam actores. *L. favorabiliores, infr. de reg. jur.* quod et expressum est in §. item si quis. *Inst. de act. et L. actori, C. eod.* † Est autem (3) deferre 4
conditionem jurisjurandi nihil aliud, quam

(1) Ita et Beust. ad *Rub. D. h. t.* 51. ac DD. vulgo ut *infr. C. ult.* Quamvis Pollet, 4. *Hist. fori* 13. *p.* 383. duo genera voluntarium et necessarium statuens, decurtandam censeat *d. Rub D. h. t.* quasi verba, *sive voluntario* et seqq. adjectitia sint, quæ in correctioribus exemplaribus desinit.

(2) Vid. *infr. Cap.* 10. *N.* 1. ubi hoc refellam. Mudæ. ad §. *item si* 11. *instit. de act. n.* 1. *et* 2. nuncupat id jusjurandum decisivum meditatæ tantum ac conceptæ, non inchoatæ litis.

(3) Dicitur et inferri *L.* 28. §. *ult. D. h. t. L.* 11. *et* 12. *Cod. de Reb. cred.* et ab aliquo peti *L.* 34. §. 6. *h. t.* Borch. *C.* 3. *n.* 1. (et ejus verbis malo more Setser. *Lib.* 8. *Cap.* 2. *n.* 4) et adigere jusjurandum. Cujac. 27. *Obs.* 34. Offerri autem fere dicitur, cum quis se paratum jurare dicit. Quintil. *Lib.* 5. *Inst. Orat. Cap.* 6. Offerre suum jusjuran-

deferre alicui jusjurandum. *L. 3. in pr. hic.* et deferre nihil aliud, quam postulare ab alio, ut juret, *d. §. item si quis:* ut hæc eadem sint, conditione delata jurare, et jurare, deferente jusjurandum adversario, et jurare, adversario postulante. Deferre, seu ferre conditionem alicui, loquutio est Latinis usitata, qua significatur offerre alicui certam conditionem implendam: qua impleta, fiat id, de quo inter eum cui defertur, et deferentem erat controversia, ut ferre conditiones pacis Ciceroni est, offerre eas conditiones, quibus impletis pax fiat: non aliter. *Lib. 16. Epist. Famil. Epist. Quo in discrimine.* Ergo deferre conditionem jurisjurandi est, facere potestatem alicui jurandi hac lege, ut si juratum sit, decisio litis sequatur. Hæc conditio adiecta edicto hanc vim habet: ut si vel reus juraverit (4) nemine ei jusjurandum deferente, non sit servandum jusjurandum. *d. L. 3. in pr.* Et merito non est servandum. Iniquum est enim, quemquam invito adversario in re sua judicem aut testem fieri. *L. Julianus ad. supr. de jud. L. nullus, infr. de test.* Alioqui, inquit Ulpianus, *facillimus quisque ad jusjurandum decurrens sibi exceptionem aut actionem adversus actorem comparabit. d. L. 3.* idest, alteri invito jus suum facto suo detrahet. Quod totius juris præceptis et regulis fieri prohibetur. *L. justitia, supr. de just. et jur. L. 2. supr. de his qui sunt sui, vel al. jur. L. ult. supr. de pact. L. solvendo, supr. de neg. gest. L. non debet alteri. infr. de reg. jur.* ÷

8 Deferre jusjurandum intelligitur etiam (5) is, qui refert: id est, is cui cum delatum esset jusjurandum ab adversario, id ei contra refert, idest, deferenti ita dicit: Imo tu jura ita esse, ut contendis. Hoc, inquam, qui facit, proprie referre dicitur, distinguiturque ab eo, qui primum detulit in *L. actori, 6. eod.* Sed tamen et hic re vera referendo defert. Inest enim simplex in composito, ut in reddendo dare. *L. verbum reddendi. infr. de ver. sig.* in substituendo instituere. *L. mulier, §. ult. infr. de cond. inst.* Ideo non fuit necesse in edicto relati jurisjurandi mentionem facere. Ac nihilominus ex verbis edicti exceptionem aut actionem habebit, qui cum ab initio detulisset, post deinde referente adversario juravit. *d. L. actori, C. eod.*

dum sine ulla conditione, fere improbum est. Pollet, 4. *Histor. fori* 13. *sub fin.*

(4) Turpe quoque ac demens seipsum accusare, ut fide indignum, et firmitatem ex juramentis adferre, ut ex Basil. *in Ps.* 14. P. Greg. 50. *Synt.* 3. *n.* 2. Suspectusque qui se ultro ingerit *L.* 25. §. 1. *de Procur.* Quare nec aliud jusjurandum propria auctoritate præstitum jurantem juvat. Veluti si qui evocatus non comparuit, jurejurando asseveret se legitime impeditum: nihil agit, etsi id forte faciat coram tabellione, si a judice non injunctum sit. Vid. Beust. *ad L.* 3. *h. t. n.* 8. *et seqq.* Plane si lex vel statutum aliquo casu juramentum deferat, eique stari debere caveat: posse tunc jurari, delatione partis vel judicis non exspectata, docet idem ibid. *n.* 15. ex gr. juramentum calumniæ, etc. Enimvero est ultroneum jusjurandum non prosit actori suo, potest tamen contingere, ut noceat, si eo modo adversarium decepit. ut *L.* 23 *de dolo malo*, Duar. *h. t. C.* 10. Quin etsi ita contra seipsum juret, ipsi ceu confessio nocere potest: ita tamen ut, si diversa ejus capita; adversarius illi jurijurando innitens, id in totum recipere teneatur. Arg. *L.* 26. §. *ult. depos.* Sneidvin. *ad §. item si* 11. *I. de act. n.* 74. *et seqq.*

(5) Quia æque postulat referens, ut adversarius juret Don. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 4. Tametsi non desinit, qui volunt, quamvis deferens a sententia ex jurejurando lata appellare nequeat. *infr. C.* 10. *N.* 10. referentem tamen posse, teste Stich. ad *L. ult.* §. 1. *C. h. tit. n.* 3. ac probant Seraphin. *Privil. jura.* 102. *n.* 14. *ac* Cacheran. *Decis.* 61. tum quod leges appellare prohibentes stricte accipiendæ, tum qua facienti actum ex necessitate magis succurritur. Defertur autem libere, refertur ex necessitate. Sed reprobat. Sichar. *dict. loc. n.* 5. ac receptiorem vocat Caroc. *de Juram. lit. Decis.* 10. *Q.* 4. *Quæst. principalis.* Etsi ipse quoque concitet, ut prior opinio obtineat, quando quis cogitur a judice, ut vel juret vel referat; posterior quando sponte refert. Ast immo citra distinctionem idem de referente statuendum. Quia et is hanc viam elegit, eique placuit, ut adversarii testimonio caussa decidatur, cum ipse jurare atque ita caussam obtinere potuerit. Nec igitur audiendus, si contra proprium factum venire velit, in *infr. C.* 9. *N.* 10. Borch. *C.* 9. 15. Fachin. 1. *Contr.* 23. (quorum verba transcripsit Sety. *Lib.* 4. *C.* 8. *n.* 10. *et n.* 13.) Sane ex *Nov. Elect. Sax.* 11. *p.* 1. etsi cui delatum est juramentum, probatione ad id vitandum uti queat, non tamen item cui relatum. Eo quod hic in necessitatem jurandi ipsemet se conjiciat, ut Moller, *ibid. n.* 17. testatus ante editas constitutiones eas contra pronunciari solitum fuisse.

CAP. IV.

Qui jusiurandum deferre possint, aut non possint, ut hi deferentibus, jusjurandum datum servandum sit, aut non noceat.

SUMMARIA.

1. *Tutor et procurator, filiusf. servus in re peculiari ubi recte deferant jusjurandum.*
2. *Pupillus non minus frustra defert jusjurandum sine tutoris auctoritate, quam furiosus aut prodigus.*
3. *Adolescenti deferenti quatenus non noceat jusjurandum.*
4. *Debitor in fraudem creditorum frustra defert.*

Nihil prodest jusjurandum delatum esse, nisi ab eo delatum sit, qui jus deferendi habuit. *L. tutor*, §. 1. *hic.* Quinimo nec delatum videtur, quod jure dalatum non fuit, idest, ab eo, qui jure deferre non potuit. *L. rei*, §. *ult. infr. de pæ. L.* 1. §. *ult. infr. ad Tert. L.* 3. *infr. de excus. tut.* Ideo ut sit, qui possit deferre, secundo loco exigimus. Is potest deferre, qui (1) litis decidendæ ac remittendæ jus habet; siquidem jurejurando a lite disceditur, et quod nostrum erat, remittitur. *L.* 1. *et* 2. *hic.* In hoc numero sunt duo: Dominus rei controversæ, qui modo rerum suarum administrationem habeat; et qui re aliena pro domino habentur. Dominos in lite voro, actorem, cujus actio aut petitio est de ea re, de qua agitur; et reum qui ea actione tenetur. Et actor reo, et reus actori recte jusjurandum defert, ut si alter altero deferente juraverit, ratum sit jusjurandum, et continuo a lite discedatur. *L.* 1. *hic.* Quippe hoc jus dominorum est, ut moderatores sint et arbitri rei suæ. *L. in re, C. mand.* ex quo est etiam, ut paciscendo liceat unicuique juris sui persecutionem, aut retentionem deteriorem constituere. *L. pactum, supr. de pact.* Inest autem in jurejurando et conventio, et quasi quædam transactio. *d. L.* 1. *L.* 2. *L. admonendi, in fin. hic.* Sed ut dominus rerum suarum administrationem habeat, exigimus. Parum enim interest in rerum administratione, utrum quis dominus non sit rei, an vero ejus rei administratio non sit ei concessa. Quæ quibusdam dominis jure adimitur: de quibus paulo post. † Dominorum loco ha- 1
bentur, quibus rerum alienarum administratio aut tributa est lege, aut mandata domini voluntate. Lege, ut tutores et curatores. *L. tutor qui tutelam. L. vulgo. infr. de adm. tut.* Qua de caussa et hi jusjurandum recte deferunt ut domini. *L. jusjurandum quod ex conventione.* §. *si tutor. hic.* Domini voluntate procurator. Nihil enim interest, utrum ipse dominus pro se quid faciat, an ejus voluntate alius. *L. qua ratione*, §. *hæ quoque. infr. de acq. rer. dom.* Ideo quod (2) procurator quoque detulit, ratum habetur, sive is universorum bonorum administrationem sustineat, sive id ipsum nominatim ei mandatum sit, ut deferret, sive sit procurator in rem suam. *d. L. jusjurandum quod*, §. *ult. hic.* Eodem (3) loco sunt servi et filiifamilias in re peculiari, cum his peculii administratio a domino aut patre concessa est. *L. servus*, 20. *et dua-*

(1) Nec tantum actor reo, sed etiam reus actori *L.* 28. §. *ult. L.* 29. *L.* 30. *princ. et* §. 1. *D. hoc tit.* vid. Duar. *in Poster. Comm. hoc tit. Cap.* 4.

(2) Non autem alius procurator *L.* 8. *et seq. h. t.* vid. *infr. Cap.* 13. *N.* 24. *et* 28. *et* Borch. *Cap.* 3. *n.* 31. *et seq.* quin nec defensor municipum aut syndicus *L.* 34. §. 1. *h. t.* Duar. *in Poster. Comm. h. t. Cap.* 4. *f. m.* 863. Borch. *d. Cap.* 3. *n.* 35. Nec judex admittere debet delationem, etsi adversarius non opponat. A. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *Defin.* 38. Sed nec Emphyteutam ac Vasallum deferre posse, cum libera administratione careant, scripit Caroc. *Q.* 14. 13. *Q. principalis.* Quod vix probandum, quatenus ipsorummet præjudicium vertitur.

(3) Vid. Borch. *Cap.* 3. *n.* 36. *ac seqq.* Ubi quidam et de peculio actionem dandam *d. L.* 22. *hoc tit.* Proculiani scilicet: cum Sabiniani contra, quorum sententia obtinuit *L.* 5. §. 2. *de pecul.* Ita Cujac. 8. *Obs.* 11. Melius Fac. 3. *Enarr. Q.* 84. *d.* §. 2. accipit de jurejurando in judicio; *d. L.* 22. de extra judicium delato.

bus seq, *hic*. Sane inter verum dominum, et tutorem, curatoremve aut procuratorem, reliqnosque rernm alienarum administratores hoc interest: quod dominus, ut rei suæ arbiter, jusjurandum qnando videtur, et prout videtur, deferre potest, etiamsi rem perdat. *d. L. in re, C. mand.* Qua ratione et jusjurandum a procuratore delatum ratum est, sive huic mandatum sit specialiter, ut deferret, ac detulit, sive sit procurator in rem suam datus. Nam in prioris persona ipse dominus qni mandavit deferri, detulisse intelligitur. *L. 5. §. gessisse, infr. de adm. tut. L. 1. §. ait prætor, infr. unde vi.* Posterior (4) in actione sibi mandata vi ipsa dominus est, usque adeo ut in ea lite dominum excludat. *L. procuratore. in rem, supr. de procur.* In his autem, qui universorum bonorum administrationem sustinent aut voluntate domini ut procurator; aut lege mandatam, ut tutor vel curatur, hoc servatur: ut jusjurandum ita demum deferre possint, si aliæ probationes deficiant. (5) quod de tutore scriptum est in *L. tutor, hic.* Et recte. Quantamcunque enim (6) rerum admioistrationem quis habeat sibi concessam, etiamsi maxime liberam; donaodi tamen et perdendi jus non habet: quia utrumque pugnat cum admioistratione, *L. contra, §. ult. supr. de pact. L. filiusfam. infr. de donat.* Aliis autem probationibus suppetentibus, jusjurandum deferre adversario, aperte rem perdere est: ubi illo jurante voluntate tua rem amittas, quam de re probaudo servare potuisses. Extra hos (7) frostra quisquam jusjurandum detolerit: quia rei transigendæ aut remittendæ jus non habeat. *L. nec filius, C. eod.* Ex quo apparet e diverso tria genera esse eorum, qui jusjurandum deferre non possiot. Unum eorum, qui neque domini sint neque alienarum rerum admioistratores. Alterum admiuistratorum, qui in deferendo jurejurando modum administrationis excedaot, puta id deferendo, cum aliæ probationes suppetuut. Tertium dominorum ipsorum, quibus rerum suarum administratio non est permissa: quo iu nomero sunt furiosi, pupilli, prodigi. *L. in negotiis. infr. de reg. jur. L. jusjurandum quod, §. 1. hic. L. obligari, infr. de auct. tut. L. 1. L. Julianus, infr. de cur. fur.* Sed et minores viginti quinque annis. *L. 1. in fin. supr. de min.* omnesque omnino, qui rebus suis superesse non possunt, eoque et curatores accipiunt, ut muti, surdi, cæci. *L. 2. infr. de cur. fur. L. ult. infr. de bon. poss. fur. inf.* Item is, qui solvendo non est, si in fraudem creditorom deferat. *L. nam postea, §. sed etsi, hic.* Sed inter hos in hac specie, ut et in aliis multum interest. Nam furiosus plane nullum negotium gerere potest, eoque nec jusjurandum deferre, quantumvis curatoris aut tutoris auctoritas accesserit. *L. in negotiis, de reg. jur.* Iu eadem caussa est

(4) Et hic quidem magis iu propria caussa defert. Imaginaria enim solum Procuratores in rem suam constitutio et a juris auctoribus inventa, Duar. *Post. Comm. h. t. C.* 4. *fol.* 867. Confer. *supr. Lib.* 18. *Cap.* 13. *N.* 6. In alio autem speciale mandatum requiritur Caroc. *Q.* 9. 13. *Q. principalis* ubi *n.* 20. idem, si incidenter jurandum. Sed si dominus præsens, id non requiri, *ibid. n.* 11. Requiritur autem ad id, ut domino obsit delatio, secutus ut prosit. Arg. *L.* 9. §. 6. *h. t.* Sneidvin. *in* §. 11. *I. de act. n.* 103. Caroc. *d. loc. n.* 13. Quare si a Procuratore alio delatum jusjurandum ei relatum sit, isque juraverit: præstitum juramentum proderit domino.

(5) Ut metu divini Numinis tutor veritatem extorqueat ab eo qui alioquin iu eo est, ut absolvatur Cujac. 22. *Obs.* 28. add. Anton. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *Definit.* 20. Et hoc casu ratum est quoque jusjurandum a tutore delatum, etsi de prædio, quod alienari nequit sine decreto, delatum, modo judicio deferatur, judice auctore. Duar. *h. t. Cap.* 10. Curatores mulierum in litem jure Saxonico, quia procuratoribus litis sive negocii, non autem universorum bonorum similes, nec liber eis admioistratio. Inde sine speciali mandato, nec eos deferre judicatum refert Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 8. *n.* 4. *et seqq.*

(6) Et si generaliter datus Procurator transigere nequit, utique nec deferre jusjurandum, nisi in caussa dubia, non suppetente probatione, Duar. *Post. Comm. h. t. Cap.* 4. *fol. mihi* 863. Quid si procurator cum libera? Hunc libere deferre, Caroc. *Q.* 6. 13. *Q. principalis n.* 1. *et Q.* 9. *n.* 4. quia habeat vim specialis mandati, id tamen *n.* 5. restringit, nisi inde ingens damnum, et *n.* 7. nisi debitum liquidum Ibid. *n.* 2. Procuratorem universitatis ita deferre, quia intelligatur semper, cum libera. Quod tamen *L.* 34. §. 1. *h. t.* refellit. Et in eo quoque requiri speciale mandatum Losæ. *de Jur. universit. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 76.

(7) Et nec si caussam conjuncti quis agat vel defendat, uti potest, hoc jusjurandum deferre ei licet, nec si de rato caveat, quia ea non potest conjunctus, quæ speciale mandatum requirunt ut *supr. Lib.* 18. *Cap.* 12, *N.* 12. Nec coheredum quidam, aliis insciis vel invitis, deferre possunt, etsi de rato cavere velint, Ant. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *Definit.* 21.

prodigus. *l. tutor.* §. 1. *hic.* *l. furiosi. de reg. jur.* Pupillus autem omnia negotia tutora agere potest. *d. l. in negotiis. de reg. jur.* proinde et deferre jusjurandum: sina tutoris autem auctoritate frustra defert. *L.*
2 *jusjurandum quod* §. 1. *hic.* ✝ Sed et hic distat pupillus a minoribus viginti quinque annis. Nam pupillo (8 jusjurandum deferente, sine tutore auctore, puto etiam ipso jure non nocere ei jusjurandum, sive cum convenitur, id deferat actori, sive cum agit, id deferat reo. Pupillus enim in totum sine tutoris auctoritate deteriorem conditionem suam facere non potest: ut nec possit se obligando, nec actionem quam prius habuit, remittendo. *L. obligari. infr. de auct. tut. Inst. eod.* Cui consequens est, ut, si pupillo agente et jusjurandum deferente, reus juraverit se dare non oportere: liceat pupillo quandoque de eadem re iterum agere ita: ut si fateatur reus actorem tum pupillum fuisse, cum jusjurandum detulit. et detulisse sine tutoris auctoritate, nulla (9) exceptio reo danda sit. sed ita in eum actio danda, quasi omnino juratum non esset. ut accidit, cum quid lege prohibente factum est. *L. non dubium. C. de legib.* Et hoc est, quod dicitur in *L. 1.* §. 1. *infr. quar. rer. act. non dat.* Si pupillus sine tutoris auctoritate detulerit jusjurandum, ei non obstare exceptionem istam. Quæ res facit, ut adversus exceptionem quæ nulla est, non sit necessaria agenti in factum replicatio. Et tamen in *d. L. jusjurandum quod.* §. 1. *hic.* contrarium scriptum videtur. Sic enim verba sunt: *quod si pupillus sine tutore auctore detulerit, exceptio quidem obstabit, sed replicabitur.* Sed hoc in re controversa locum habet, si forte reus contendat actorem aut non fuisse pupillum, cum deferebat, aut detulisse tutore auctore. *arg. L. nam postea. in pr. hic.*
✝ Minorum viginti quinque annis non nihil 3
diversa caussa est: (10) Si curatorem habent, in eadem caussa cum pupillis habentur. *L. 3. C. de in integ. rest. min.* Si non habent, delatum ab his jusjurandum ipso jure illis nocet: sed adversus exceptionem jurisjurandi replicatio danda est. *L. nam postea.* §. *si minor. hic.* Sed hæc ita danda, (11) ut placeat minorem prius in integrum restitui de-

(8) Confirmare videtur *L. 4. Cod. de rebus credit.* ubi delatio tutori facta a pupillo nullus effectus. Dicitur illic reus qui fuit, nam durante tutela agi nequit. Finita autem ubi intelligitur non pubertate, sed alia caussa vel adjecti temporis lapsu aut conditionis eventu vel suspecti remotione, ut Donell. *ibid. n.* 6. *et* Gilken. *n.* 3. Foener. 6. *Rec. Quotid.* 14. *et* Borch. *Cap.* 3. *n.* 30. (cujus verba largiter pro suis usurpat, Setser. *L.* 4. *C.* 2. *n.* 27. suum obtinens.)

(9) Diss. Borch. *Cap.* 3. *n.* 12. et seqq. (et ex eo transcriptor, Setser. *d. Cap.* 2. *n.* 18. et seq.) sentiens exceptionem dari ex jurejurando a pupillo solo delato, propter vim et majestatem religionis. Sed elidi id replicatione in factum *d.* §. 1. quia jus deferendi non habuerit pupillus. Stich. ad *L.* 4. *C. de Reb. cred. n.* 7. sic: Pupillus solus aut defert tutori, qui fuit. ac ipso jure non valet *d. L.* 4. aut alii. Et vel judex non approbat, ac idem est *d. L.* 1. §. 1. *Quar. rer. act.* vel approbat in judicio, et tunc vel tendit ad obligandum, ac ipso jure non tenet *d. L.* 1. vel ad liberandum interpositum et ipso jure valet *d. L.* 17. §. 1. Quod si tutore auctore detulit pupillus, ac læsus: restituitur in integrum *L.* 2. *C si tut. vel cur. interven.* Nec obstat quod juramentum est loco solutionis. Solutio autem accedente tutore liberat: Illud enim obtinet in quibus par ratio. Hic evidens disparitas, cum is cui juratum est pupillus nihil accipiat, uti cui solutum est.

(10) Ita et noster ad *L.* 4. *C. h. n.* 11. ac Beust. in *L.* 9. §. 4. *h. t. n.* 2. Duaren. in *Poster. Comm. h. t. Cap.* 4. firmare hoc nitens ex *L. acta* 45. §. *ult. de re jud. L. in universis* 11. *C. Qui dare tutor. et* Gœdd. *ad L.* 21. *de V. S. n.* 11. Contr. Bronch. 1. *Misc. Ax.* 56. Borch. *Cap.* 3. *n.* 27. Et hic dilationem puberis hujus ipso jure ratam esse, ex *L.* 9. §. 4. *h. t.* sic probat Setser. *Lib.* 4. *de Juram.* 2. *n.* 25. Quod curatorem habuerit minor. *d.* §. 4. constat inde, quod jusjurandum detulit in lite. Lis autem minoris nulla sine curatore. Quod autem sine curatore detulerit, probatur: quia Pomponius putavit eum effectu non obstare exceptionem. Quæ utique obstaret, curatore interveniente. Verum hæc Pomponii sententia non probatur, nisi impetrata restitutione. Ita Setser. Quæ displicent. Nam immo si in judicio delatum intelligitur *d.* §. 4. necesse est delatum sit, Curatore auctore. In judicio enim minor nihil agit sine curatore ad litem dato, qui datur etiam invito ut liti adsit. Et in judiciali igitur juramento opinio prior obtinet, quod et LL. a Duareno adductæ probant. Cæterum in juramento conventionali (de quo hic Donellus et magis videtur de eo loqui *d.* §. 4.) puto dilationem ratam esse sine curatore, quem habet minor: quia eorum opinioni accedo, qui minorem sine hoc obligari sentiunt. Vid. *supr. Lib* 12. *Cap.* 22. *N.* 7. Et quoad hoc recipio rationem illam. Puberi solvi potest sine curatore. Jusjurandum est pro solutione *L.* 20. et seq. *h. t.* Licet si quis dissenserit, ad hanc rationem facile paratam habeat responsionem.

(11) Etsi enim contra præstationem jurisju-

bere, ut ibidem scriptum est. Unde et illud simul exigitur, ut ita detur in hac specie replicatio, si minor in jurejurando deferendo captus sit. Hac enim lege subvenitur minoribus. *L. verum. §. sciendum. supr. de min.* Id ita in hac re videtur fieri, si cum aliæ probationes, aut aliqua ratio juris sui tenendi minori suppeteret: maluerit jusjurandum deferre. *L. non omnia. supr. de min.* Nam alioqui si omnibus probationibus deficientibus jusjurandum detulit, fecit, quod quivis bonus paterfamilias in eadem caussa faceret. Unde et idem a tutore factum, ut recte et ex fide officii factum admittitur *L. tutor. in pr. hic.* Quam ob caussam qui ita detulit, non est captus. *d. L. verum. §. sciendum. de min.* Sed et restitutio, quam hic intervenire debere dicimus, hoc adfert, ut replicatio ista non nisi intra tempora restitutioni præstita competat. *d. L. nam postea, §. si minor. tot. tit. C. de temp. integr. rest.* ÷ 4
Exemplo minorum et quod debitor quamvis in fraudem creditorum jusjurandum detulit, ipso jure ratum est: sed adversus exceptionem jurisjurandi replicatio fraudis debitor creditoribus dabitur. Itemque si fraudator debitor detulerit creditori, ut juret sibi decem dari oportere, mox bonis ejus venditis experiri volet, aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum. Hæc in *d. L. nam postea. §. sed. etsi, hic.* denegatur actio fraudem confitenti: aut si de fraude controversia est, sic illi datur actio, ut exceptio opponatur, ut est *in pr. d. L. nam postea.*

rando minor, non restituatur *L. 1. et Auth. Sacramenta puberum. C. si adv. vend.* delationis tamen alia ratio. Illic virtute jurisjurandum habetur minor pro majore; hic non æque. Beust. ad *d. L. 9. §. 4. n. 4. et* Gail. 2. *Obs. 41. n. 11.*

CAP. V.

De hac conditione tertia, si juraverit, aut remissum sit jusjurandum.

SUMMARIA.

1. *Jurare et jusjurandum, quid.*
2. *Sacramentum.*
3. *Illicitum jusjurandum quamvis adversarius detulerit, non servandum.*
4. *Remittere, jusjurandum, quid.*
5. *Remissum cur pro præstito habeatur.*

Tertia conditio erat, si is, cui jusjurandum delatum est, juraverit, aut remissum sit ei jusjurandum. Nulla remissione interveniente, ut juraverit, edictum exigit. *L. 3. hic. §. item si quis, Inst. de act.* Conditio partim necessaria, ut intelligatur, qua de re caveat prætor, et quam se hic servaturum polliceatur: partim utilis ad commonifaciendum de sententia prætoris: ut cum audimus, quod hic tribuitur, tribui hac lege, si quis delato jurejurando juraverit; sciamus id non pertinere ad eum, qui delatum jusjurandum suscepit, neque juravit. De quo tamen interdum potest esse justa dubitatio. Quid enim, si is qui delatum jusjurandum susceperat, cum paratus esset jure, (1) non potuerit: puta ad jurandum veniens in itinere decesserit; aut casu ali-

(1) Quare jurisjurandi a parte diversa extra judicium, vel in eo delati, præstandi facultas non transit ad heredem *L. 12. princ.* ibi, cum multum discrepet juramentum hereditarium *C. h. tit.* cum non hujus, sed defuncti fides electa sit, ac sæpe viro bono heres improbus ac levis, qui nec fere facti alieni verum notitiam habet, unde anceps perjurii periculum Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 68. *n.* 30. *Tiraquell. de Præscript. §. 2. Gloss. un.* Sneidvin. *ad §. item si 11. I. de act. n.* 109. Gilken. *ad L. 12. princ. C. hoc tit. n. 7.* Borch. *Cap. 7. n.* 32. Coras. *ad L. in actionibus* 5. *de in lit. jurand. n.* 29. Caroc. *Q.* 5. 9. *Q. principalis n.* 80. Seraphin. *Privil. juram.* 68. Beust. *ad Rub. D. h. tit. n.* 66. Toming. *Decis.* 45. *n.* 7. Coler. *Decis.* 116. Wehner. *Obs. pract. de V. S. v. Vuissenschafft und Voulbevvust* et citati a Moller. ad *Novell. Elect. Saxon.* 24. *Part.* 1. *n.* 3. Jure harum regionum ex *d. Novell.* 24. si sententia de præstando jurejurando lata, ac intra diem præstitum is cui delatum est, citra recusationem diem functus: ad juramen-

quo prohibitus fuerit, quominus juraret? Et superior conditio nos admonet. quandiu is qui detulit, vult sibi jurari, nihil prodesse adversario voluntatem suscepti jurisjurandi, ut quasi vera dixerit, ita edicto defendatur nisi juraverit, ut suscepit quo-
1 cunque tandem casu factum sit, ne juraret. †

Juratum sic accipiemus, non si quovis modo aut quavis superstitione quid affirmatum sit, sed ut vis verbi postulat, religiose. Est enim jusjurandum auctore Cicerone *lib.* 2. *de offic.* (2) affirmatio religiosa. Nec aliter nostri accipiunt. Hinc tot locis (3) jurisjurandi religio legitur, ut *L.* 1. *L. sed et servus, et*

tum credulitatis heredes admittuntur. Quod et juri Saxonico veteri convenire statuit. Coler. *d. Decis.* 116. *per text.* Land. *Lib.* 3. *Artic.* 11. Zobel. *Part.* 1. *Diff.* 29. Sneidvin. *d. loc.* Contra Toming. *d. Decis.* 45. Junge *not. infr. Cap.* 13. *N.* 20. Quin. et Ant. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *Definit.* 32. si jurare paratus decessit, jusjurandum pro præstito esse: secus si per eum mora facta in jurando, aut deliberando. Sicuti et Gail. 2. *Obs.* 43. juramento a defuncto oblato nec præstito, mortem ipsam vim juramenti habere, cum salutis suæ immemor decessisse non censeatur. Sed loquitur hic de juramento in litem, cujus alia opinor, quam hujus, quod ex conventione præstari debet et partium consensu, ratio vid. not. *infr. Cap.* 11. *N.* 22. *ibi: III. Notitia rei, etc.*

(2) Quam definitionem maxime sibi placere scribit Vultei. ad §. *item si* 11. *ipsi* 10. *I. de act. n.* 5. *et Misc. scholast. Cap.* 7. *initio.* Cujac. *ad Cap. etsi* 26. extra hoc *tit.* præ omnibus sibi probari illam: Confirmatio veritatis. Quæ tamen omnium minime proba. Petr. Gregor. 50. *Synt.* 4. *n.* 1. Affirmatio vel negatio sacræ rei attestatione firmata. Verum et posteriora solum declarant vim voculæ *religiosa.* Et affirmationis verbo negatio quoque contineri potest, sicuti in definitione pacti, verbo dandi faciendi, etiam non facere non dare Wesenbec. *Par. D. de Pact. n.* 2. Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. *Relect. pr. n.* 1. Invocatio numinis divini in testimonium. Martin. Benckendorff. *in Addit. ad præfat. Seraphini de Privileg. juram. n.* 18. Assumptio nominis Divini, ad confirmandam fidem proferentis. Sed et varias definitiones refert Jacob. Ebert. *Tract. Ethico de Juram. tit. de definit. p.* 19. *et seq.* Qui *pag.* 23. sic. Assertio rei legitimæ, in cujus majorem fidem ac confirmationem Deus ipse testis vocatur, et jurans ultro se obligat ad pœnas exitii æterni, si fallat. Et hæc jurijurando in genere conveniunt. In specie autem proposita Cujac. *in Nov.* 90. et ad *L.* 1. *C. h. t.* ac Borch. *h. Tr. Cap.* 1. *n.* 12. probat Clementis Alexandrini definitionem. Certa litis definitio cum obtestatione divina. Verum sibi hic quisque sapiat, neque nimium de his curandum. Sane omne jusjurandum verba necessario exigit *Novel.* 17. *Cap.* 6. *Cap. etsi* 26. *Cap. pen. extra h. t.* Ac etsi per litteras interponi possit, ut Wesenbec. *Consil.* 52. *n.* 18. *in fin.* id ita intelligit Gœd. *de Contr. stipulat. Prolegom. n.* 16. ut quod voce prolatum scripturæ mandetur exemplo stipulationis, quæ in scriptis fit. Verum quicquid hic nostri varie sentiant, verba enim requiri negant Covar. in *d. Cap.* 2. *Part.* 1. *princ. n.* 5. Fachinæ. 3. *Contr.* 8. Borch. *Cap.* 1. *n.* 27. *et seq.* Et Caroc. *Quæst.* 11. 13. *Quæst. principalis.* Joan. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. *Cap.* 8. 11. tunc requiri verba, quando loqui possunt uterque, alias etiam nutu deferri. Contra affirmant Gœd. *d. loc.* Cypræ *de Sponsal. Cap.* 14. §. 26. *n.* 3. Media via insistendo distinguo inter conceptionem verborum, quæ propria, ac de substantia cujusvis juramenti; ac prolationem, quæ voce fit, ac non necessaria. Quid enim, si convenerit, exempli gratia, ut majoris fidei gratia syngrapham juratam mihi mitteres, tuque eam me absente conscripseris, et mihi miseris: numquid ideo minus religione sacramenti adstringeris? Sic ubi mutus surdus literas callet, si verba formulæ jurandi animo perlegat, etsi lingua proferre nequeat; si et appareat quod jurato se obstringi velit, nihilo minus jurabit Deum καρδιογνώστην in testem invocando, animi mente, exterioribus quoque signis, ei cui præbet jusjurandum testata, etc.

(3) *L.* 4. § 1. *de in lit. jur. L.* 21. *in fin. de dolo L.* 8. *princ. de condit. institut.* Quam religio monet, tum ut inviolate sancteque præbeatur ac servetur, tum ne temeraria levitate ad jurandum quis prosiliat. Nam ipse Imperator multam sibi formidinem esse testatur, ne facile jusjurandum per magnum Deum detur *Nov.* 94. *Cap.* 2. Et Ethnicus licet Quint. *Lib.* 9. jurare, nisi ubi necesse est, gravi viro parum convenit. Qua de temeritate ac proclivitate accipienda verba Servatoris *Matth.* 5. *v.* 34. et seqq. et Jacobi Apostoli *Cap.* 5. *n.* 12. In quæ nimium delinquunt, qui in quotidiano ac familiari sermone, ad alterum pene verbum, ex perversa et improba assuetudine obtestationem divini nominis adjiciunt. De qua levitate vitanda. vid. *Ecclesiast.* 23. *et* 27 Vercellensis, vel quisquis Auctor *Lib. de Unit. Ecclesia Christ. fol.* 4. *in Syntag. Tract. de jurisdict. Imp.* Sim. Scardii. Covar. *in Cap.* 2. *de Pact. P.* 1. §. 6. *n.* 8. et seq. Jacob. Ebert. *Tr. Ethico de Juram. tit. de Specieb. juram. p.* 24. Rittershush. *Com. ad Salvian. p.* 139. Conrad. Heresbach. *Epitom. Christiana Jurispr. Edicto III. Præcepti* 52. Quo respiciunt illa Gregor. Nazianz. in Tetrastich. ὅρκον δὲ φεῦγε πάντη. Et in distich. ὅρκους [illegible] διδόναι

2 *alibi, hic.* † Inde et (4) sacramenti verbum posterioribus Imperatoribus pro jurejurando; quod quæ religiosa affirmatio esset, eadem esset et sacra; jusjurandum autem religiosam affirmationem esse intelligerent. *L. actori, L. si quis, L. pen. et ult. C. eod.* sic autem religiosa est et sacra affirmatio, si ita quis juret, ut Deus in verbo suo

καὶ λαμζάνειν ἴσως γος ἄμγω προκεχρυκας τῇ δίκῃ, Jusjurandum pessimum est, dare et accipere. Forte enim ambobus offendisti justitiam. Neutiqnam vero usus jurisjurandi legitimus illo præcepto Christi tollitur. Quin ipse præpotens Deus in re dubia eo confugere præcipit *Ex.* 22. *v.* 8. *et* 11. *Deut.* 6. *v.* 13. *et Deut.* 10. *v.* 20. Idemque usus et ipsiusmet Selvatoris et Apostolorum ejusdem exemplis adstrictus Rom. 1. *v.* 9. 2. Corinth. 1. *v.* 13. *et Cap.* 11. *v.* 31. Philipp. 1. *v.* 8. 1. Thessal. 2. *v.* 5. *et* 10. *etc.* ut et in V. Testamento, Gen. 21. *v.* 24. *Josuæ* 9 *v.* 15. 1. *Reg.* 24. *v.* 22. *etc.* Et Leo quidem Imp. *Nov. sua* 97. jussum illum *Matth.* 5. *v.* 34. perfectionis esse vult, non ad moderanda communis vitæ negocia promulgatum. Cujusmodi et illa *Matth.* 6. *v.* 25. Ne sitis soliciti, quid esuri sitis etc. Quod reprobat Borch. *Cap.* 1. *n.* 1. quia sacræ litteræ omnibus etiam perfectioribus concedunt jurare. Ac ut Heresbach. *d. Edict. III. p.* 73. non loquitur Christus de ordine Politico, sed de legis interpretatione. Et sicuti non tollit legitimam defensionem, dum dicit: Malo non resistes, ita nec vetat juramenta legitima lege Dei et politico ordine sancita, cum opus sit præstare. Accidit quod verba: *Sermo vester*, ὁ λόγος ὑμῶν *d. Cap.* 5. *v.* 37. arguant de Sacramentis assuetæ levitatis, in communi usu vitæ eum loqui; non quorum in dirimendis litibus usus est. In hac quippe hominum mutua diffidentia haut facile nudæ assertioni in rebus majoris momenti, præcipue ubi asserentis commodum vertitur, fides habetur. Ac Hesiod. quidem in *Theogonia* fingit jusjurandum ex Eride natum. Si mores hominum plane integri, non modo juramentis, sed nec LL. plerisque, legum certe pœnis non opus esset. Ast, ut illi ferunt, adhibenda religio sacramenti, qua ad verum dicendum fidemve servandam arctius adigantur. Pluribus hunc verum usum juramentorum firmant Covar. *ad Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 6. Broneb. 1. *Misc.* 58. Obrecht. *de Juram. calum. Cap.* 1. *n.* 11. et seq. Dominio Soto *Lib.* 8. *de Just. et jure Quæst.* 1. *Art.* 2. Jacob. Ebert. *Tr. Eth. de Juram. Quæst. anne jurare liceat pagi* 79. *et seqq.* Waromund. ab Erneb. *Meditam. pro fœneribus Lib.* 2. *Cap.* 1. *n.* 118. et seq.

(4) *Auth. Sacramenta C. si adv. vend.* sic sacramenta militiæ *L.* 2. §. 3. *de his qui not. inf. L.* 14. *de his quæ ut indig. L.* 11. *pr. de adulter. L.* 13. §. 3. *L. ult. de re milit. L.* 2. *de Veteran.* vel quod res sacra cum Deo fiat, Fortun. Garcia in *Cap.* 1. *de pact. n.* 114. *pag.* 1108. rei sacræ arctissimum vinculum, nullo modo ludendum, Olden. *Cal.* 1. *Act.* 9. *initio* Obrecht. *de Juram. Cal. Cap.* 1. *n.* 9. Vel quia sacro testimonio fides fit, et jurans se consecrat ad pœnas, si fallat Jacob. Ebert. *Tr. Eth. de Juram. tit. de vocab. Latinis*, per locum *Cic.* 7. *Ep. fam.* 32. Et ita Duar. in *Prior. Comm. h. tit. Cap.* 1. Qui jurat, devovere se, ac quasi sacrare ac ultioni divinæ subjicere intelligitur, si sciens fallat. Et in *Post. Comm. Cap.* 1. nam, ait, jurare est devovere et sacrare, quia aliquid inest sacri. Sacer enim Romanis dictus, cujus corpus Deo cuidam, inferorum præsertim devovebant, ut impune occidi possit. Vid. Revard. ad *LL.* 12 *tab. Cap.* 4. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 15. Fopp. ab Aezema 1. *Differt.* 3. Et Synonima nunc jusjurandum et sacramentum, Covar. ad *Cap.* 2. *de pact. in* 6. *pr. n.* 2. Etsi veteribus ut, Varro 2. *de ling. Lat.* Sacramentum quoque pro pecunia quæ in æde Sacra a litigantibus deponebatur Pithœ. 1. *Advers. Subseciu.* 18. Forst. *de Jurisdict. Rom. P.* 2. *Lege Numa* 3. *n.* 113. Jurare vero *a jure* quod id quod juratur pro lega et jure habendum, sancteque veluti jus, servandum sit Covar. ad *d. C.* 2. *P.* 1. *princ. n.* 1. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Just. et Jure Quæst.* 1. *Art.* 1. Non tamen juramentum, quasi juris adstringimentum ut Panormit. *in Rub. Extr. h. t. et* Bargal. 3. *de Dolo* 14. *n.* 4. nec a jure mentis quod obligatio in mente oriatur, nec a jure manente, sed a jurando simpliciter, sicut libamentum lenimentum etc Jusjurandum autem quasi Jovisjurandum dici vult Lips. 1. *Elect.* 18. *p.* 567. Ex loco Apulei *de Deo socratis* a se emendato. Sane et Jovis antiquitus, qui hodie Jupiter. Paul. Merula *Comm. in Lib.* 1. *Annal. Ennii p.* 245. Verum inflexio resistit jurisjurandi etc. Dicitur et jurandum pro jusjurando Plaut. *Cistell.* Terent. *And.* Auson. Popma de *Usu antiq. locut. Cap.* 7. Et ita accipitur in versu Enni *apud Ciceron.* 3. *Off.* Jurandum Jovis, idest, Jovem lapidem. Cæterum Vult. *Disc. schol.* 7. *p* 70. ex usu juris differre vult Juramentum quod super re non controversia interponitur et jusjurandum super re controversa: eo quod hic decidantur merito caussæ, seu quid juris sit, ut quis de jure suo juret. Sed eam differentiam non semper servari, per *L. pen. C. h. t.* Atque ita non differre Hæc Beust. ad *Rub. D. hoc tit. n.* 29. De variis jurisjurandi appellationibus Latinis et Græcis Jo. Guil. Stuckius *Descript. Sacror. et sacrif. gentil. fol.* 90. et *sequentib.* Jacob. Ebert. *Tr. de Juram.* qui et de Hebræis, Chaldæis, Syriacis. Vernacula *Eid* quasi *Eindt* unitum scilicet cum eo qui

præscribit, idest, aut Deum testem invocando (5) aut in se et salutem suam quid comprecando, ni ita sit, ut dicitur. Nam et hoc posteriore modo petitur, ut Deus

solus vere unus est, ut ex Gorop. *Lib.* 4. *Hermathenæ* Ebert. *dict. loc.* item *Schwuchr* ac *Schwuchren* a gravitate et onere quia res periculosa et difficilis. Ebert. *d. loc.* Jo. Guil. Stuckjus *Descript. Sacror. Sacrificiorumque gentil. fol.* 92.

(5) Ita Duar. *in Prior. Comm. h. tit. Cap.* 11. non omnino improbandum in quo non expresse invocatur nomen Dei. cum respectu Divini Numinis juratur *L.* 33. *h. tit.* Sic enim Joseph per vitam et salutem Pharaonis. *Genes.* 42. *vers.* 15. ac plerique sancti patres eodem modo jurasse leguntur. Et in *Post. Com. Cap.* 4. *fol.* 264. Qui per salutem respectu Numinis jurat, ita se subjicit ultioni divinæ, ex qua sua salus pendet. cuique eam devovet. si sciens fallat. Atque ita in *Synopsi Basil. lib.* 22. *t.* 5. *Cap.* 30. ὁ κατὰ τῆς ἑαυτοῦ σωτηρίας ὄμνυς δοκεῖ ὀμνύναι κατὰτοῦ Θεοῦ. Qui per salutem suam jurat. videtur per Deum jurare. Sic Urias 2. *Reg.* 11. v. 11. per salutem Davidis et suam, etsi a levitate Chaldæorum aliorumque gentilium id tractum putet Jacob. Ebertus *Tr. Ethico de Juramentis p.* 44. Et Paulus Apostolus *Rom.* 1. *vers.* 1. per veritatem et conscientiam suam jurat ac 2. *Corinth.* 2. initio per animam suam. Frequensque veteribus ut per salutem, item caput suum, vel liberorum suorum jurarent *d. L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 33. *h. tit.* Et pluribus aliorum auctorum locis comprobant Forcat. *Necyom. Dial.* 12. Briss. 8. *Formul.* Robert. 1. *Rer. judic.* 11. Vult *Disc. schol. Cap.* 7. *initio.* (ex quo ad verbum tacito auctore. per pag. duas transcripsit Setser. *Lib.* 1. *de juram Cap.* 3.) Sicuti apud Turcas per caput suum maximum jusjurandum haberi refert. Paul. Jov. *Lib.* 13. *histor. pag.*, 556. Per cineres quoque parentum ac majorum jurabant, Propertius 2. *Eleg.* 20. *et* 4. *Eleg. ult.* Seneca 7. *Controvers. Præm.* Jurat per patrios cineres. jurat per patris memoriam. Briss. *d. loc.* Ritterhus. *Partit. feud. Lib.* 1. *Cap.* 10. *Quæst.* 4. Et hoc quidem merito superstitionis damnatur. Istud vero per salutem suam non item, cum salutis actor Deus intelligatur. Nam et cum LL. Digg. juxta Justiniani mentem accipiendæ sint; apparet hanc jurandi formam ipsi non improbatam. Satis namque esse ratus est. si per Dei nomen implicite aut oblique juretur. Sed et Arcadius ac Honorius Impp. Christiani, Magni Theodosii filii, per salutem principum juramentum comprobant *L.* 41. *de transact.* Neque Christiani sub Ethnicis principibus id renuebant Tertullian. *Apologet Cap.* 32. Sicut non juramus per genios Cæsarum, ita per salutem eorum. quæ augustior est omnibus geniis ref. Goth. *ad d. L.* 41. *et ad d. L.* 2. *C. h. t.* Eo quod per salutem auctor salutis verus Deus, per genium falsus et fictitius intelligeretur Vult. *Disc. Cap.* 7. *pag.* 65. Et sub Christianus Impp. milites jurasse per Deum, Christum, Sanctum et per Majestatem Imperatoris ex Veget. *Lib.* 1. *Cap.* 5. refert Borch. *Cap.* 1. *n.* 25. Ac licet Carolus Magnus per salutem Principis jurare vetuerit, Vult. *d. loc.* uti *Legis Franciæ Lib* 3. *Cap.* 42. habetur, ut nullus præsumat per vitam Regis et filiorum ejus jurare. In Oriente tamen sub Manuele Comneno (qui Coævus Cunrado II. Imp. Occid. ut Cuspinianus, *et alii)* per Imperatoris Caput jurantum, uti Constantinus Andronici filius per vitam Imperatoris juravit, teu *ex Cedreno* Robert. 1, *Rer. judic.* 11. *pag.* 220. Plane Vult. *d. Cap.* 7. (et ex eo Setser, cui solemne et fere perpetuum pleraque ad verbum largissime transcribere 1. *de Jurum.* 3. Verum Juramentum statuit, quod nominatim per Deum: Quasi jusjurandum vero, quod per rem aliam, intuitu Numinis divini, præstitum: Hodieque hoc sublato, illud solum superesse. Quin Wes. *Par. h. t, n.* 6. promissionem per fidem, non modo civilem. sed etiam per Christianam, religiosam, salutem animæ, non se pro jurejurando sed vice piaculi ac sacrilegii haberi scribit. In quo indigne lapsus videtur eximiæ alias et pietatis et doctrinæ Jurisconsultus (cujus verba per integram *pag.* tacito auctore pro suis usurpat Setser. *Lib.* 1. *Cap.* 15. *n.* 36. *et seq.*) Ita enim sacrilegii rei non modo erunt veteres Christiani, sed et ipse gentium doctor Apostolus Paulus, cui hæc ipsa religiosa assertio fuit. ut supra Vid. Reuchbar. *P.* 2. *Q.* 2. *n.* 65. *et seq. et n.* 75. Confer. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Justitia et Jure Q.* 1. *Artic.* 6. Numquid igitur fidei præstatio (absolute) vel interpositio verum juramentum? Ita sane vult Martin. Uran.*ad Cap. querelam* 10. *h. t. n.* 4. 1. per caput *ex rescripto* 9. *extr. h. t.* 2. Quia verum est jusjurandum ait, ita me Deus adjuvet, testis est Deus, in veritate dico, etc. *Cap. etsi* 26. *h. tit.* Fides autem est veritas. Enimvero veteres gentiles per fidem quoque jurabant. Petron. *Satyr.* Idque Illis sanctissimum jusjurandum, Plut. *in Numa* καὶ τὴν μὲν πίστιν ἔργῳ ἀποδεῖξαι Ῥωμαίοις μέγιστον, Halicarnass. 9. *antiquit. Rom.* Sic Euclio ad Lyconidem. Dic *bona fide* tu id aurum non subripuisti, Plaut. *Aulular.* 4. *Sc.* 10. Desider. Herald. *Lib.* 2. *Advers. Cap.* 3. *et* Turneb. 18. *Advers.* 25. Iisdemque formula solemnis; *ex animi sententia*, cujus frequens mentio, Cic. 3. *Acad. QQ. et* 3. *Offic.* ubi verbis ita concipi testatur. Vid. Agell. 4. *Noct.* 20. et plures quos adducit Brist. 8. *Formul. pag.* 711. Quod idem est, atque ex conscientia ac sincera fide, Cujac. 1. *Obs.* 21. Quia ut Quintil.

sit vindex. In quam sententiam conveniunt exempla *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 3. *in pr. hic.*

Lib. 8. *Cap.* 5. Sententiam veteres, quod animo sensissent vocaverunt. Nam et juraturi, ait et gratulantes ex sententia dicimus, Hot. 2. *Amicab.* 21. Eaque forma loquendi in *L.* 3. §. 2. *in fin. de testib.* ubi jusjurandum non denotatur ut et in Oratione Marii apud Sallust. in *Jugurt. Cap.* 85. Me ex animi mei sententia lædere nulla oratio potest, Fulv. Ursin. *in Not. ad Sallust. ibid.* Attamen inter Christianos præstatio fidei civilis aa politicæ verum jusjurandum censeri minime potest, nec fractione fidei perjurium incurri, etsi iniuratur, si sub fide Christiana facta, unde fideles nominantur: quia ita per ipsius Dei nomen, saltem oblique ac implicite juratur, Vid. Rauchbar. *d. P.* 2. *Quæst.* 2. *n.* 65. *ac seqq.* Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. *Relect.* §. 2. *n.* 4. Bronch. 1. *Misc.* 60. Hinc dirimenda nostrorum contentio, qui disquirunt an vulgatæ nostra ætate formulæ *Bey Furstlichen Grafflichen vnd Adelichen Eheren, Trevu vnd Glauben.* Jurisjurandi loco haberi debeant. Quod equidem affirmant, ac fere vim juramenti realiter præstiti verbis hisce tribuunt, de notissima Germaniæ consuetudine attestantes Mynsig. 1. *Obs.* 17. Gail. 2. *Obs.* 59. Beust. *ad L.* 3. §. *ult. h. t. n.* 14. *et seqq.* Wesenb. *Cons.* 10. *n.* 24. *et Cons.* 14. *n.* 15. Sixtin. *Cons. Marp.* 12. *n.* 2. *Vol.* 3. Meichsner. *Tomo* 1. *Decis. Cam.* 2. *n.* 30. *et n.* 142, et *Decis.* 18. *n.* 10. *et* 25. *ac Tom.* 4. *Decis.* 1. *n.* 3. *ac Decis.* 22. *n.* 39. Otto Meland. *Com. Cameral. Part.* 2. *fol.* 454. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 14. *n.* 32. Wehner. *Observ. Pract. d. V. S. v. Bey Trevu vnnd Glauben, bey Furstlichen Grafflichen vnnd Adelichen Ehren.* Knich. *de Sax. non-provoc. jure v. jus Cap.* 4. *n.* 63. Rauchbar. *P.* 1. *Quæst.* 34. 2. 16. *et P.* 2. *Quæst.* 2. *n.* 56. Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 2. *Cap.* 11. *n.* 41. *et n.* 50. Hering. *de Fidei. Cap.* 27. *P.* 1. *n.* 298. Beust. *ad L.* 3. *LL. ult. junct.* 2. *seqq. h. t. n.* 13. *et seqq.* Coler. *de Process. P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 251. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 4. *n.* 5. *et seqq.* ubi *n.* 12. idem esse in DD. et aliis honestioribus personis. Ac nobiles Gallos passim ita jurare, par foy de Gentil-homme, per fidem nobilis, refert Tiraq. *de Nobil. cap.* 37. *n.* 126. Add. Raudens. *Decis. Pisana* 23. *n.* 23. Joan. Petr. Surd. *Decis.* 234. Contra, hoc negant Covar. *in d. Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. *Relect.* §. 2. *n.* 4. Forster. *de Jurisdict. Rom. Q.* 2. *lege. Numæ.* 3. *n.* 27. Bart. Kellenbenz. *de Renunciat. success. Q.* 3. quia, ait, definitio juramenti, invocatio nominis divini huic formulæ non competit. Ac Hart. Pistor. *Lib.* 4. *Q.* 6. *n.* 2. statuens, quando actus jure Civili invalidus, Jure Canonico solum juramenti religione sustinetur, ut successoria renunciatio jurata: hanc fidei præstationem vim juramenti non habere, cum nec religionis quidquam in se habeat. At qui contra proferuntur loci, *Cap. pervenit.* 3. *h. t. ca. ad aures* 3. *de his quæ vi met. ca.* de fide Theologica loqui, non politica, ut Abbas et Fellnus acceperunt, de fide Christiana vel in Deum, non de fide Principum (Confer Dominicum Soto *Lib.* 8. *de Justit. et Jure Q.* 1. *Art.* 1.) illud tamen largitur, quod contractui per se valido accedens ea promissio plurimum roboris adferat obligationi. Non vero admittit eam loco jurisjurandi esse, ubi id pro solemnitate vel validitate actus requiritur, quia juramentum per æquipollens non impletur. Alias, ait statueretur ita non solum abrogatio vel derogatio juris communis, sed et novæ et correctoriæ dispositionis juris Canonici extensio. Itaque attestationem, Mynsing. ac Gailii de usu Germaniæ accipiendam putat de casibus, quibus contractui valido, majoris firmitatis caussa accessit fidei illa præstatio. Denique et Coler. *Cons.* 29. *n.* 146. prius istud non æque ad Comites uti ad Principes pertinere, (uti et Jo. de Platea et Henr. Goden. quos citat, sed non sequitur Andr. Scheffer. (*QQ. Pract. P.* 2. *Q.* 3. *n* 200. et seqq.) *et n.* 149. ubi ex stylo notarii adjecta ea formula, ejus non eandem vim esse. Placet nobis distinctio Asinii *de exsecut.* §. 8. *Cap.* 15. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 2. *n.* 71. *et sequent.* Martin. Benckendorff. *ad Seraphin. Privil. Juram. in Præfat. n.* 22. *ad privil.* 67. *n.* 9. et seqq. Bronch. 1. *Misc.* 60. Quod verum jusjurandum non sit, ideoque nec contraveniens perjurii pœnam incidat. (Tametsi ex *supr.* citatis plures ei locum esse scribant: Quod et quotidie practicari refert Arnold. Reiger. *add. ad Mynsing.* 1. *Obs.* 17. Et quod perjurius hinc ac infamis fiat, censet Wehner. *Obs. Pract. de V. S. V. angeloben et V. Haud gegebne Trew.*) Attamen ita promissum sub fide æque servandum, ut ita habeatur pro juramento, aut illi æquiparetur, ad quod plures citat Andr. Scheffer. *P.* 2. *Quæst. pract.* 3. *n.* 193. Nam principum et nobilium promissa pro factis haberi, nec verba eorum unquam esse irrita debent, de quo vid. Tiraquell. *de Nobil. Cap.* 20. *n.* 23. et seq. præcipue autem principem decet fidei stabilitas, ut omne ejus verbum instar juratæ alterius promissionis haberi conveniat. Vid. Hipp. a Collib. *in principe Cap.* 10. ac quæ refert Hering. *d. Cap.* 27. *P.* 1. *n.* 30. et seqq. Scheffer. *d. Q.* 3. *n.* 195. et seqq. Jacob. Aleman. *Palæstra consultat. Cons.* 8. *p.* 741. Quibus adde scitam Manuelis Palæologi Imp. Orientis sententiam *Præcept. educat. regiæ ad Joan. filium Cap.* 81. οἰμάι σοι καὶ λόγον ἀνθ᾽ ὅρκου πρὸς ἅπαντας ἀρχι-

autem (6) *juretur* (*) *per ullam creaturam*, multoque minus per falsos Deos. ut bene comprehensum est in *c. etsi Christus, ex de jur.* sumptum ex verbo Dei, *Deut. c.* 6. *et ad Heb. c.* 6. Secus si quis jurat, id demum est jusjurandum, quod Ulpianus illicitum vocat, et improbatæ religionis in *L.* 5. §. *sed si quis. hic.* etsi ipse ethnicus de vero Deo et vera religione non sensit. Hoc vero omne est ejusmodi, ut nec (7) pro jurejurando sit habendum. Ac de eo etiam isto modo idem Ulpianus scribit in *d. L.* 5. §. *sed si quis.* Non enim dicit id servandum non esse, quanquam re vera non servatur; sed hoc amplius pro eo id haberi, atque si juratum non esset; quod quidem efficitur ex superiore definitione. Neque hoc ita dici
3 otiosum est. † Hinc enim fit, quod ille ibidem adiicit, ut ne sic quidem sit servandum. quamvis adversarius, quo deferente juratum est, id ipsum jusjurandum detulerit. Quod et ipsum recte dicitur. Etsi enim nulla fieret deferenti injuria, si id servaretur, quod sibi jurare voluit; *L. nemo videtur, de reg. jur.* potestque dici ipsum sibi imputare debere, qui non idoneum jusjurandum detulit, ut de eo dicitur, qui præposuit merci non idoneum institorem; *L. sed etsi*, §. *ult. et L. seq. infr. de instit.* tamen eum de servando jurejurando hic agatur, non de deferentis conditione; nihil ad rem pertinet, quid deferens voluerit, nisi et jusjurandum sit interpositum, quod prætor exigit. Jam autem dixi non esse jusjurandum, quod est illicitum. Itaque etsi vere dicitur hoc jusjurandum pro non de-

σειν ἀνθρωπους *Leunclavius* qui edidit, vertit. Orationem tuam jurisjurandi loco mortalibus universis suffecturam arbitror. Plane in fœderibus inter principes sanciendis hoc non admittendum esse monet Waremund. de Ereuberg. *Meditament. pro fæderib. Lib.* 2. *C.* 1. *n.* 123. *et n.* 131. Exactiora de his alias.

(6) Deut. 10. *v.* 20. *Josuæ* 23. *v.* 22. *et seqq. Rom.* 1. *v.* 9. *et C.* 9. *v.* 1. 2. Corinth. 11. *v.* 31. *etc.* Jusjurandum enim est species cultus divini, qui non dandus est creaturæ, Cujac. *ad d. Cap. etsi* 26. *h. t.* Duar. *Prior. Comm. h. t. Cap.* 11. Vid. Covar. *in Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 1. Impium quoque jusjurandum quo Deo tribuitur quod ri non convenit, ut per caput vel capillos Dei *Nov.* 77. *Cap. si quis per capillum* 10. *Cap.* 22. *Q.* 1. Duar. *h. tit. Cap.* 11. Asin. *de Exsec.* §. 8. *Cap.* 44. *ac seq.* item si per membra Christi irreverenter juretur, Vid. post alios Rauchb. *d. Q.* 2. *n.* 26. Confer. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Just. et Jure Q.* 2. *Art.* 3.

(7) Diff. Innoc. Panorm. et alii *in ca. etsi* 26. *ext. h. t.* quos refert Covar. *ad Cap. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 1 *n.* 20. ac sequitur Joan. Bapt. Asin. *Tr. de exc.* §. 8. *Cap.* 10. *et Cap.* 47. etsi Christianus per idola jurans gravissime peccet, servare tamen juramentum teneri per illa Augustini relata in *Cap. ecce dico* 10. *Cap.* 22. *q.* 5. quæ tamen a *Gratiano* aliquatenus immutata esse scribit Covar. *d. loc.* Qui recte censet ibid. *n.* 24. ubi juratum est per Deos, quos falsos jurans agnoscit, deficere jurisjurandi definitionem, eum nec re nec opinione divini Numinis obtestatio adsit. Et ad *d. Cap* 10. Covar. loqui non de vero perjurio, sed de simplici fidei violatione, gravi per se peccato. Et Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 4. *n.* 7. ut id servetur, non fieri jurisjurandi religione, sed humanæ fidei oblatione. Qui et ad *d. Cap* 10. Loqui id non de juramento quod Ethnici Jovem lapidem dicebant, sed ante lapidem terminalem præberi solito ut *Genes.* 31. *V.* 40. add. Caroc. *de Juram. lit. Decis. Q.* 11. *principali n.* 5. Sane infidelis juramentum per suos quos colit Deos ipsum obstringere censent Covar. *d. n.* 4. *ac P.* 3. §. 4. *n.* 1. et Parlad. *d. C.* 4. *n.* 6. *per Cap. movet:* 16. *Cap.* 22. *Q.* 1. et propter opinionem ipsius jurantis. Quare etsi Turcæ deferatur jusjurandum. utilitatem postulare ut per Mahumethum juret, quia facile per Christum pejeraturus. scribit Duar. *in Priorib. Com. ad h. t. C. Cap.* 11. et *in Poster. Com. Cap.* 4. *f.* 864. *col.* 2. Ant. Del Re *de Juram. Calum. C.* 15. *n.* 167. et seqq. Vel jurare debet per Deum creatorem cœli ae terræ, ubi vere per Divinum Numen jurari censet, ut Covar. *d.* §. 4. *n.* 1. Quod non ita est. Neque enim Turcæ verum Deum colere dicendi, eum non colant Trinunum, nec patrem Servaturis nostri, uti nec Judæi. Qui qua formula jurandi obstringendi sint, consule Myns. 6. *Obs.* 20. Asin. *de Exsecut* §. 8. *C.* 43. *et C.* 48. ac seqq. Caroc. *de Juram. Decis. Q.* 11. *principalis* Seraphin. *Privil. juram* 123. *et ibi* Benchendorff. Beust. *in Rub. D. h. t. n.* 219. *et in L.* 3. §. *ult. junct.* 2. *LL.* seqq. *n.* 6. et seqq. fuse Ant. Del Re *d. Cap.* 15. *n.* 170. usque ad *n.* 182.

(*) Videtur Donellus hic universe improbare omne juramentum quod fit per creaturas: quod absolute dictum utique contrarium est Catholicæ doctrinæ. Secundum quam licitum est jurare etiam per creaturas, quatenus tamen referantur ad Deum, cujus veritas præsentia, bonitas et potentia elucet in creaturis per quas juramus. Ita D. Thom. in 2. 2. *Q.* 89. *Art.* 6. Dominic. Sot. *de Justit. et Jur. Lib.* 8. *Q.* 1. *Art.* 6. *Concl.* 1. Didac. Covarruv. in *Cap. Quamvis, de pact. in* 6. *Relect. P.* 1. §. 1. *n.* 7. Emman. Gonzal. in *Cap. Etsi Christus extr. de jurejur. in Not. n.* 2. *et in Comment. ejusd. Cap. n.* 11.

lato esse, quia recte non defertur: tamen magis ideo non servatur, quia juratum non est, quam quia non est delatum: cum si non jure, at saltem voluntate deferentis delatum sit, et adversus illum pro delato haberi non sit iniquum. Quam ob caussam visum est hanc speciem jurisjurandi ad hanc conditionem potius debere referri. Sed hactenus prætor non tuetur eum, qui delato jurejurando non juravit, nisi ei (8) remissum sit jusjurandum. Quod eum factum est, perinde habetur, quasi juratum esset. *L.* 5. *§. ult. L. nam postea. §. ult. L. nam postea*, §. 1, *hic. L.* 1. *L. actori*, *C. eod.* Sic remitti jusjurandum Paulus docet in *L.* remittit. *hic.* ✝ *Remittit*, inquit, *jusjurandum, qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi. Quod si non suscepit jusjurandum, licet postea parato jurare, actor nolit deferre, non videbitur remissum. Nam quod susceptum est remitti debet.* Significat his verbis, remittere jusjurandum, esse quidem non exigere amplius jusjurandum ab adversario; sed ita si in personis litigatorum hæc (9) concurrant, ut dicat se amplius non exigere is, qui prius detulerat, et dicatur ei qui delatum susceperat: et in summa solum id remitti, quod prius delatum adversario, et ab eo susceptum illi remittitur. At cur nec alius remittit, nec alii remittitur? Quia, inquit Paulus, *quod susceptum est, remitti debet.* Quod cum de suscepto dicit, simul dicit et de delato. Neque enim suscipitur, nisi quod ante delatum fuit. Sed cur, inquam, solum quod susceptum est, remitti debet? Non utique juris aliqua auctoritate, quasi ita nominatim jure cautum sit, ne remittatur, nisi quod delatum et susceptum est; sed verbi ipsius significatione, quæ ita fieri debere, idest, ita fieri necesse esse declarat: ut dicendum sit nec alium remittere, quam qui detulit, nec alii remitti, quam qui suscepit, quia nec potest. Remittere enim est condonare et relaxare alicui, quod is sine remissione ferre ac pati cogeretur: ut remittere pignus est, voluntate sua a nexu pignoris discedere. *L.* 3. *C. de remis. pig.* Remittere nuntiationem novi operis est, necessitatem ab opere cessandi nuntiatione impositam remittere. *L.* 1. *infr. de remiss.* Remissio mercedis est, mercedis debitæ exoneratio. *L. ex conducto, § Papinianus, §. ubicunque, infr. loc.* Sic remittere jusjurandum, nihil aliud est, quam necessitatem jurandi alicui jure impositam ei remittere, et ut Paulus loquitur, ejus necessitatis gratiam illi facere. Jam vero hæc necessitas non imponitur nisi ei, qui ante delatum sibi jusjurandum ex conventione suscepit. Nam cui adversarius jusjurandum non detulit, is citra controversiam jurare omnino non cogitur. *L. delata, C. eod.* Sed etsi cui delatum est, nisi id ultro suscipiat, tamen ideo non habet necesse præcise jurare, quia potest interdum justis ex caussis recusare, potest et referre: *L. manifeste. hic. d. L. delata. C. eod.* Ita fit, ut in quo hæc duo non sint, non possit dici ei remitti necessitas jurisjurandi, quæ in ipso, si velit, nulla est. Tum demum necessitas jurandi affertur, cum delatum sibi jusjurandum quis suscepit ex consensu. *L. jurisjurandum quod, hic.* Proinde et huic soli hæc necessitas remitti recte dicitur, et is solus remittere, qui hanc illi necessitatem deferendo

(8) Ita *d. L.* 6. *et L.* 32. *h. tit.* dum delatum ac susceptum, nec dum præstitum remittitur. Alio sensu gratia jurisjurandi fieri dicitur. *L. ult. pr. ad Municip.* Plaut. *Rudente Act.* 5. *sc. ult.* Sueton. *in Tiberio* cum præstiti jurisjurandi religione quis liberatur, aut jurato promissum ei remittitur, Ræward. 5. *Var.* 2. Qui posteriori hoc modo accipit *L. pen. h. t.* ubi gratia fieri absenti et ignoranti dicitur. Nam cum remissio ea, quæ pro præstatione, non fiat, nisi jurare parato *d. L.* 6. qui quæso ignorans dicetur suscepisse jusjurandum. Sed immo, *d. L. pen.* recte vulgo et a Borch. *h. Tr. Cap.* 6. *n.* 20 exponitur de remissione quæ hujus loci, alias ea L. non conveniret tit. propoposito. Nec obstat ratio Ræwardi. Evenire enim potest ut delatum protinus acceptetur, deinde moræ intercedant, antequam præstetur. Hic etsi deferens absente altero remittat, jusjurandum pro præstito est, dic remissionis.

(9) Non autem remittere potest pupillus a tutore delatum *L.* 32. *h. tit.* sed nec ipse tutor, quia species donandi est, nec justa caussa esse potest Cujac. 6. *Diff. Modest.* ad *d. L.* 32. Sed Duar. in *Prior. Comm. h. t. Cap.* 14. *et in Poster. Cap.* 4. *fol.* 865. excipit, nisi tutor post delationem competerit reum non debere, proinde bonam fidem agnoscat. Arg. *L.* 9. § 6. *de admin. tut.* Ubi certo scit is qui detulit adversarium pejeraturum, debere ei remitti jusjurandum, ut perjurium vitetur, docet Petr. Gregor. 50. *Synt.* 6. *n.* 6. Quo facit quod tradunt deferentem verosimiliter pejeraturo plus quam homicidium esse, post Felin. Asin. de *Exsecut.* §. 8. *Cap.* 2. *n.* 22. *pen Cap. ille qui hominem* 5. *Cap.* 22. *Quæst.* 5. addat. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Just. et Jure Quæst.* 2. *Artic.* 4. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. Cap.* 70. *n.* 10. *et* 2. *seqq.*

8 jurejurando improsuit. ⸸ Remissum jusjurandum pro præstito habetur: quia satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio, infr. de solut.* Est autem genus satisfactionis, cum is qui jusjurandum detulit, et cui jusjurandum præstando solvi id videretur, pro jurejurando quod adversarius dare paratus erat contentus est sola voluntate suscepti jurisjurandi. *L.* 1, *supr. qui satis, cog.*

CAP. VI.

Jurandum ex conditione delata, seu ex eo quod delatum est, et hoc quibus rebus contineatur.

SUMMARIA.

1. *Delatione finita frustra juratur; et finitur, nisi statim juretur*
2. *Revocato jurejurando finitur delatio.*
3. *Revocare quando sit necesse, et quando liceat: et ad* L. si quis jusjurandum. C. eod.
4. *Probatum semel reprobare me non posse quomodo accipiendum.*
5. *Conceptis verbis et eadem forma jurandum, si postuletur: et hoc quid sit.*

Postremum est in conditionibus ad vim jurisjurandi pertinentibus, ut si quis jurabit, deferente adversario, juret conditione delata. Quod sic acceptum est, ut juret ex conditione delata, seu ex eo quod delatum est: alioqui nihil proficiat jusjurandum, ut scriptum est in *L.* 5. *in fin. hic.* Ut videatur quis ita jurasse, duabus in rebus positum est: ut juret, non finita delatione: et juret iisdem verbis, eademque forma, quibus jusjurandum
1 delatum est. ⸸ Ne sit finita delatio, in primis exigimus: quoniam finita pro eo est, quasi nec delatum esset jusjurandum. Finitur aut sua sponte, aut revocato jurejurando. Sua sponte, cum simpliciter jusjurandum delatum est, nec statim juratur; aut defertur ad tempus, et tempus præstitum finitum est. Itaque fit utroque modo, ut inutiliter juretur postea. Cui simpliciter refertur jusjurandum: idest, cui simpliciter ita dicitur, peto ut jures: jurat (1) utiliter, si accipit conditionem, et statim jurat. Quod si discesserit prius, quam juraret, non remissio ei jurejurando: postea frustra jurabit, quamvis initio se juraturum suscepisset. *Si neque juratum est*, inquit Ulpianus, *neque remissum jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset.* Proinde si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc jusjurandum proficet: quia ex eo quod delatum est, juratum non est. Hæc in *L.* 5. *§. ult. hic.* Non dicit quidem aperte; *si neque juratum est*, statim, *neque remissum jusjurandum* statim. Sed hoc eum intelligere perspicum est; cum ita subiiciat: proinde si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc jusjurandum proficiet. Nam hoc, *postea*, valet, postea quam res in jusjurandum admissa est. Cur ergo hic postea frustra juratur? Quia finita delatio est. Unde finitam intelligimus? Ex verbis et mente deferentis. Qui enim ita dicit, jura vel postulo ut jures, intelligitur hoc

(1) Quod vulgo ita accipiunt, nisi is cui delatum est, statim acceptaverit jurisjurandi conditionem. Recepto enim jurejurando, etsi needum præstito, censent pœnitere actori non licere, per *L.* 37. *h. tit.* quasi nec conveniat rescindi quod semel placuerit. Idemque statuunt, etsi is accepta conditione petat spactium deliberandi, quid ac quomodo juret. Vid. Sneidvin. *in §.* 11. *Inst. de act. n.* 78. *et seq.* Mudæ *ibid. n.* 15. Cacheran. *Decis* 8. Stiatic. *Obs. pract. Cap.* 20. *n.* 73 *et seqq.* Caroc. *de Juram Decis Q.* 6. *principali* Gilken, *ad L.* 11. *C. h. t. n.* 1. Unde instruunt eum, cui delatum est, ut mox seu in continenti acceptet conditionem, ne pœnitere possit qui detulit: deinde recepto jurejurando petat tempus quo secum expendat, quomodo sibi jurandum sit, *juxta L.* 34. *pr. h. tit.* Mudæ. et Sneidvin. *d. loc.* Stiatic. *d. Cap.* 20. *n.* 77. Jon. Pels *Process. tit.* 31. *n.* 39. Caroc. *d. Q.* 6 *n.* 5. Beust. *ad L.* 5. *§. ult. et L. seq. h. tit. n.* 1. *ac* 2. Contra, deferentem instruit Zas. ad *d. §.* 11. ut commoneat adversarium ne facile juret, sed accipiat terminum ad deliberandum. Ita enim interea erit facultas pœnitendi. Verum priorem cautela graviter exagitat Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *in defens. rei n.* 1. volens, cum parcissime juramentis utendum sit, captandam potius omnem occasionem, ut pœniteat deferentem.

dicere, jura in præsentia. Sed et hic plane ejus animus est, ut velit ita fieri. Non enim parum (2) interest deferentis, utrum statim juretur, an postea. Vis enim ulli fere reperiuntur tam improbi, quin delato jurejurando moveantur statim religione et metu numinis, ne pejerent. At ubi ex illo metu se recipiendi, et cugitandi spatium amplius datum fuerit, solent plerique latebras et excusationes quærere perjurio: et tandem reperiunt, quo sibi persuadeant se hoc aut illo modo jurantes perjurium evasuros; Alii deliberare, an non sit utilius pejerare, quam incurrere in id damnum, aut id dedecus, quod sine perjurio passuri essent, et tandem utilitate victi p jerare in animum inducunt. Quapropter si alio tempore juratur; ut jam non juratur ex verbis deferentis, sic multo minus ex ejus sententia; atque ita nullo modo est delata conditione, quæ finita est. Sed etsi cui defertur, ut intra certum tempus juret, finito eo tempore perspicuum est, ipsa conditione delationis exstingui delationem: ut accidit in omnibus rebus, quæ ad tempus constituuntur. *§. temporales, Inst. de exc. L. si arrogati, in fin. infr. de tut.*
2 † Revocato quoque jurejurando, finitur delatio: eo quod revocatum perinde habetur, quasi nec delatum esset. Similiter ut mandatum revocatum evanescit. *§. recte; Inst. de mand.* Nec quidquam interest in his quæ tui arbitrii sunt, utrum ab initio quid nolis, an cum volueris, in ea voluntate non perseveres. *L. nam etsi, §. 1. supr. de inoff. test.* Finge ergo creditorem heredi, eum quo agebat, ita dixisse: cum intra duos menses cognoveris instrumenta hereditaria, et jus tuum, si jurahis te nihil debere, nihil peto: heredem conditionem accepisse. Intra hos duos menses recte juratur ax eo quod delatum est: sed hac lege, nisi revocatum sit jusjurandum a creditore. Revocato jurejurando, non juratur ex conditione delata, quæ revocatione finita est.

Quo tamen loco duo quæsita sunt: Primum quid opus sit hac revocatione, cum dixerimus, nisi adversarius statim juret statim finiri sua sponte delationem. Deinde, etsi aliquando revocatio deferenti sit utilis; an tamen possit jure revocari jusjurandum quod semel delatum est: cum traditum sit, quod semel probavimus, amplius improbare nos non posse. *L. Pomponius, scribit, supr. de neg. gest. C. quod semel, de reg. jur. in 6.* † Et certum est huic quæstioni de re- 3
vocatione locum non esse in ea delatione, cum simpliciter delatum est adversario, ut juraret, de qua specie supra diximus. Sive enim is cui delatum est, statim jurat, valet jusjurandum. *L. 3. hic*: eoque sera est jurisjurandi revocatio, sive statim non jurat, sua sponte jusjurandum pro non delato habetur: *L. 5. §. ult. hic*: ut proinde in eo revocatio deferenti non sit necessaria. Sed potest jusjurandum adversario ita deferri, ut liceat ei etiam intra longius tempus jurare: ut in eo exemplo, quo paulo ante usi sumus. Ibi et durat delatio ex voluntate deferentis, quamvis non statim juret adversarius: et potest is statim non jurare: ut illinc quidem adversus delationem necessaria sit revocatio, si eam intra tempus constitutum manere nolumus: hinc autem non sit revocatio intempestiva, si modo et ea jure admittatur, de quo, ut dixi, dubitatum est. Quod ni ita esset, non fuisset Justiniani constitutione opus ad hanc rem decidendam. Et is in *L. si quis jusjurandum, C. eod.* de eo sic constituit in summa: jusjurandum delatum pro arbitrio deferentis revocari posse; dum revocetur ante sententiam definitivam, aut post definitivam, quæ appellatione sit suspensa. Post sententiam a qua appellatum non sit, revocari non posse. Nihil exprimit constitutio, quomodo jusju-

(2) Ita et Donell. *ad L. 1. C. h. tit. n. 9. ac ad L. 2. n. 3.* cui consentit fere Duar. *ad h. tit. D. in Com. priorib. Cap. 13. et in Post. Cap. 4. fol. 864 in fin.* Quia ideo forte defert, ait, quod ita effectum videat, ut ex tempore non facile sit pejeraturus; postea vel suasu alterius, vel alia de caussa consilium mutare possit. Enimvero DD. qui dissentiunt ut *N. præced.* declarant; nisi novas probationes nactus deferens: ubi et acceptatum juramentum recte revocari volunt. Cacheran. *d. decis.* 8. Moller. 3. *Semester.* 3. *n.* 10. Caroc. *Q.* 10. *principali* Sueidvin. *in d. §. 11. n.* 81. Heig. *Parte 2. Q. 4. n.* 14. Confer. Jacob. Schult. *Obs. forensi* 51. Stiatic. *d. Cap.* 20. *n.* 78. Sed et ortis inimicitiis, a delatione licite recedi Caroc. *Q. 3. Q. 7. principalis.* Jure Saxonico is cui delatum est, dilationem habet usque ad proximum iudicium *Landr. Lib. 2. Arte* 10. Intra quod tempus nisi juret: juramentum pro deserto vel neglecto: ac si adversarius id tunc recipere nolit, id pro præstito est, ut art. seq. Sneidvni. *in d. §. 11. n.* 82. et ita Fachs. *inter diff.* Zobel. 34. *P*, 1. *n.* 6. jure hoc non posse actorem durante dilatione revocare jusiurandum per *d. art.* 11. *ac* Reinhard, *ibid.* Quod confirmari videtur ex *Nov. Elect. Saxon.* 14. *Parte* 1. Contra tamen nititur Moller. 3. *Semestr.* 3. *et ad d. Nov.* 14. *n. et seqq.* quem de hos consule.

randum, cujus revocationem permittit, fecerit delatum, utrum simpliciter, an ad tempus. Sed (3) cum in priore revocatio sit inutilis, ut ostendi, ad posterius constitutio aptanda est. Alioqui nequidquam de jurejurando revocando cavebitur, eritque hoc modo constitutio vitiosa et inutilis, contra quam leges interpretari convenit. *L. 1. in fin. ad municip. L. in ambigua, supr. de legib.* Cæterum si quod erit jusjurandum ejusmodi, de cujus revocatione non inutiliter quæratur, lex generaliter scripta est efficitque id omne revocari posse, sive in judicio delatum erit, sive extra judicium. Loquitur quidem constitutio de sententia definitiva, de probationibus in lite præstandis, de litis termino: quæ omnia ad judicium institutum pertinent; sed initio generalis definitio posita est de potestate jurisjurandi revocandi. Quæ ut forte verbis generalis non esset; tamen hoc constituto, posse id jusjurandum revocari, quod in lite ipso etiam auctore judice delatum esset; multo magis idem de eo dicendum fuit, quod extra judicium defertur sine ulla judicis auctoritate. Permittit lex delatum ad tempus jusjurandum, ubicunque id delatum sit, ante id tempus revocare. Etiamne si convenerit in jurejurando deferendo, ut lis jurejurando decideretur, atque adeo convenerit, ut reus ipse juraret, cui hæc conventio ad exceptionem potest prodesse? Et lex generaliter et sine exceptione constituit, jusjurandum delatum, needum præstitum quandoque ante sententiam revocari posse. Id et generaliter ac sine exceptione accipiendum est: ut intelligamus ne conventionem quidem esse impedimento, quominus jusjurandum revocare liceat, ubi est opus. Et merito. Conventione enim interposita de lite jurejurando decidenda, ut maxime dici posset in hac conventione non esse pœnitentiæ locum (quod tamen minime dicendum est, ut probatur similibus exemplis in *L. qui pecuniam, supr. si cert. pet. L. 3. et L. 5. infr. de cond. ob cau.*) tamen vel hoc nomine conventio adversus pœnitentem servanda non est: quia est contra bonos mores, nec potest retineri, nisi dolo malo ejus, qui jurare velit, invito adversario. Contra bonos mores est, fieri cuiquam potestatem invito adversario jurandi in re sua: quia hoc modo aperto invitatur ad pejerandum, impunitate perjurii proposita. Dolo autem malo perspicuum est eum facere, qui velit jurare se non debere, in eoque sibi fidem haberi, ubi actor probare paratus sit sibi deberi, atque ita verum falsum jurare velle. Et parum refert, utrum quis ab initio quid dolo faciat, an postea in ea re incipiat dolo malo versari. *L. sed etsi, §. de eo. supr. de pet. her.* Utraque igitur de caussa pariter improbanda conventio, et quod ad delictum invitat contra bonos mores, et quod retinetur dolo malo. *L. illud, infr. de jur. dot. L. si unus, §. pacta, L. juris, §. ait, supr. de pact. L. pacta quæ contra, C. de pact.*

Non adversatur ✝ huic revocationi, quod dicitur in *d. L. Pomponius scribit, supr. de neg. gest.* semel probatum reprobare me non posse. Non enim hoc (4) dictum est de omni eo, quod quis semel voluit, quomodocunque voluerit. Alioqui nulli licebit in rerum suarum administratione consilium suum mutare in melius, quod fiat sine alterius injuria: quod secus est; *L. nemo potest mutare, infr. de reg. jur.* sed dictum est de eo, quod quis suo nomine gestum probavit, idest, ratum habuit. Hoc ita semel probatum amplius reprobare non possum: quia si negotium meo mandatu gestum esset, non possem improbare. *L. 6. infr. de cond. ind.* ratihabitio autem mandato comparatur. *L. ult. C. ad Senatuscons. Maced.* Mandatum justam conventionem habet, quæ adversus mandatum repetenti obstat. Habet igitur et ratihabitio: quasi ratum habendo convenerit, ne de eo quod 4

(3) Hanc Donelli interpretationem ceu divinatoriam taxat Hilken ad *d. L.* 11. *n.* 1. quia, ait, nulla de tempore certo in lege mentio. Putatque, modo is cui defertur, statim declaret quid jurare velit, non revocari posse, nec si tempus adscriptum. Quod si initio recusaverit, amplius, altero invito, non audiendum. Ubi vero tacuit, ac deliberandi spatium petiit, tunc deferenti potestatem revocandi esse. Atqui nec ita coarctare *d. L.* 11. convenit. Quare hæc *d. L.* 11. sententia: quod, etsi accepta conditio ac adversario jurisjurandi simpliciter delati, revocari possit. Confer. Duar. *Prior. Comm. h. tit. Cap.* 13. Enimvero, etsi jusjurandum simpliciter delatum, nec protinus acceptatum, si interposito spatio juret, adversario præsente: is non audiendus, si cavillari velit, jusjurandum tenere. Debuerat enim enim in præsenti reluctari, per *Cap. qui tacet de Reg. Jur. in* 6. Gilken. *in d. L.* 11. *n.* 21. add. Caroc. *Q.* 6. *principali. n.* 3. Præstandum vero etiam conventionale juramentum, non nisi præsente, aut vocata parte. vid. Testaur. *Decis.* 86.

(4) Loquitur *d. L.* 9. de iis quæ ante gesta et perfecta sunt. Probamus enim præterita, aut præsentia. Hic agitur de eo quod deferenti placuit ut fieret in futurum, Don. ad *d. L.* 11. *n.* 7. *et* 8. vid. et Borch. *h. Tr. Cap.* 6. *n.* 5. *et seqq.*

ratum habui, amplius agerem. Et in summa quod dicitur. Quod semel probavi amplius me reprobare non posse, tunc recte dicitur, cum quid placuit inter aliquos ex conventione. Ab hac enim, invito adversario, recedere non licet, sive meo consensu illi actio parta est, sine exceptio. *L. sicut, C. de obl. et act. L. ab emptione, L. ult. supr. de pact.* Extra conventionem autem quo minus mutem quod semel placuit, nihil vetat. Idque intelligitur ex edicto Prætoris de pactis, quo ille in voluntatibus nostris nihil amplius adversus nos se servaturum pollicetur, quam pacta et conventiones. Est autem pactum non unius consilium et voluntas, sed duorum placitum et consensus. *L. 1. supr. de pact.* Neque vero illa regula pontificii juris, Quod semel placuit, amplius displicere non posse. *C. quod semel, ex de reg. jur.* aliter accipi debet. Sumpta est enim ex illo dicto superiore. *L. Pomponius, supr. de neg. gest.* Quod si aliter accipiemus, aperte falsa est. Atque ut conventionem exigimus in eo, quod probavi, ne possim reprobare: ita exigimus et conventionem justam, ne jure infirmetur. Alioqui conventio nihil nocet. *L. pacta quæ contra, C. de pact.* Quæ si ita sunt, neutra sententia ad hanc speciem jurisjurandi delati pertinet. Aut enim delatio hæc conventionem non habet de jurejurando expectandu; aut si habet, habet sub conditiune, quandiu qui detulit, volet, ut in specie *L. qui pecuniam, supr. si cer. pet.* Aut si quis putat nullam hic esse conditionem: conventio justa non est, nec ex edicto est servanda, ut ostendi. Quo fit, ut quasi non interposita non possit revocanti obesse. Quod vetat constitutio post sententiam a qua appellatum non sit, revocari jusjurandum, videri potest stulte caveri, Quorsum enim inhibere hanc revocationem, si etiam non revocatum jusjurandum pariter juranti nihil prodest? Cavetur enim hoc totum jurantis caussa: cui si nihil prospicitur hac interdictione inutilis, plane cautio et interdictio est. Atqui post hujusmodi sententiam tale esse videtur omne jusjurandum delatum, ut quamvis revocatio nulla secuta fuerit, non tamen eo magis consulatur juranti: cum etiam tunc jusjurandum sit illi inutile. Finge ante sententiam ita essa delatum, ut quandoque postea liceret adversariu jurare. Nunquam sententia lata, quæ vim judicati babeat, jusjurandum ei profuerit. Aut enim secundum eum feretur sententia; et iusjurandum ei nihil adjiciet, eoque erit supervacuum; aut contra eum: et jusjurandum sententiam non mutabit, quoniam rei judicatæ standum est. *L. cum prolatis, infr. de re jud.* Finge post ejusmodi sententiam jusjurandum deferri. Frustra deferetur: quia post rem judicatam transigi non potest. *L. eleganter, §. 1. infr. de cond. ind.* jusjurandum autem speciem habet transactionis. *L. 2. hic.*

Et hæc ita sunt, si jusjurandum a parta parti delatum erit. Itaque ad hoc jusjurandum superior exceptio, et pars constitutionis non pertinet. Sed potest jusjurandum a judice deferri in sententia ita, ut post sententiam juretur. Nam si postulante litigatore, ut judex deferret jusjurandum adversario, judex (5) ita sententiam tulerit; si reus intra tot dies juraverit se decem petita non debere, eum absolvo; aut contra si actor intra tot dies juraverit sibi decem deberi, Titium in eam summam condemno: receptum est valere hujusmodi sententias, ut indicat *L. cum judex, C. de sent. et int.* Neque id contra rationem juris. Continent enim condemnationem aut absolutionem, quorum alterum ad rei judicatæ auctoritatem sufficit. *L. 1. infr. de re jud.* Non est quidem sub conditione sententia ferenda, si judex ex officio suo recte fungi velit, idest, plane finem imponere controversiæ: quod res judicata exigit; *d. L. 1. de re jud.* sed tamen si tulerit, valet, ut quandocunque conditio exstiterit, sententia exitum habeat ex die sententiæ, non ex die quu conditio exstitit. *L. 1. §. biduum, infr. quand. ap. sit.* Utrumque ideo, quia conditione impleta perinde habendum est, quasi sententia ab initio pure lata esset. *L. si pupillus, infr. d. cond. inst.* Ad eas sententias constitutio Justiniani referenda est. Nam si valent, licebit ei cui jusjurandum delatum est postea jurare secundum sententiam, eamque sibi confirmare. Sed ita, nisi revocatum sit jusjuran-

(5) Eodem plane modo Donell. ad *dict. L.* 11. *n.* 9. *ac seqq.* add. Caroc. *Q.* 1. 10. *Quæst. principalis* Borch. *de Jurejuran. Cap.* 6. *n.* 14. *et* 2. *seqq.* Ad id quod sententia sub conditione non valeat, Resp. Siebard. ad *d. L.* 11. *n.* 4. *et* Gilken. *ibid. n.* 5. id obtinere in conditione extrinseca, ut si navis ex Axia venerit; secus si extrinseca, quæ vere cognata rei, ut si probatum erit. Melius Sarmient. 1. *Select. Interpret.* 13. *n.* 11. Conditio *si juraverit,* meri facti est, nec aliquid incertum continet, quod Judicis sententiam post se exspectet. Longe aliud in conditione *si probaverit,* quæ non est meri facti, sed Judicis sententiam exspectat, sine qua caussa definita dici ac haberi nequit.

dum ante, quam juretur; si modo et ante revocari potest. Hinc quæstio, an possit jusjurandum ita delatum revocari. Justinianus cavet posse. Hoc ergo non otiose: postquam revocatio aliquando jusjurandum impedit, sine qua recte et utiliter juratur. Sed de hac parte constitutionis amplius in jurejurando judiciali dicendum est. Nam ad id jusjurandum hæc quæstio pertinet. Cavet autem in hac specie revocari posse duobus temporibus. Primum ante sententiam. Finge eum ex litigatoribus, qui postulasset a judice, ut jusjurandum adversario deferret, delatum revocare ante, quam judex id deferret. Finge judicem ante sententiam detulisse, ut intra certum tempus juraretur, et interim revocatum jusjurandum. Recte revocatum est, et frustra quandoque postea jurabitur quasi ex delato jurejurando; quia revocatum est ante sententiam. Alterum tempus est post sententiam, qua hoc jusjurandum delatum est, si ea sententia suspensa sit appellatione. Quia enim appellatio exstinguit judicatum, *L.* 1. *in fin. infr. ad Turp.* ideo quasi nulla sententia intervenisset, integrum est litigatori, cujus postulatu jusjurandum delatum erat, id revocare, ut ante. Quod si ab ea sententia appellatum non sit, aut appellatum quidem, sed sententia confirmata sit in judicio appellationis: hic demum constitutio jusjurandum revocari vetat. Merito: tunc enim eo deducta res est, ut secundum formam juris standum sit rei judicatæ. *d. L. cum prolatis. de re jud.*

5 Ut juratur † ex eo quod delatum est si non finita delatione juretur, de qua specie dictum est: ita ad eam rem et illud alterum exigitur, ut qui jurat, juret, iisdem verbis, quibus jusjurandum delatum fuit, et ut veteres loquebantur, (6) juret conceptis verbis, siquidem ab eo petitum sit, ut certo modo juraret. *L.* 3. *in fin. L.* 4. *L.* 5. *in pr.* Non recte hoc constituitur, dicat aliquis. Quid enim in re interest, quibus verbis quis juret, iisdemne, an aliis, si aliis jurando non minus jurat, idest, non minus testem adhibet Deum, et pejerando pariter illius iram in se attrahit? Quod si nihil interest, debuit in eadem re jus idem constitui, contempta verborum delationis et responsionis diversitate, ut fit in stipulatione. *L.* 1. §. *si quis ita*, §. *ult. infr. de ver. ob.* Omninoque in toto jure ita præcipitur, cum res certa est, verba omitti, rem spectari oportere: quippe leges rebus imponi, non verbis. *L. quoniam. C. de testa. L.* 2. *C. com. de leg.* Et siquidem aliis verbis jurando, nihil in re interesset; probandum esset non recte hic verba spectari, ut in eadem re jus mutarent. Sed ut est hominum quorundam (7) superstitio, in jurejurando hoc evenit, ut quibus verbis quis juret, sæpe etiam in re multum intersit. Non sane ad perjurium et et judicium Dei, quorum utrumque, quibuscunque verbis pejeres, idem semper futurum est: sed ad metum ejus de quo jusjurandum postulatur. Homines enim superstitiosi plerique alii aliarum rerum metu et religione afficiuntur: ut his quidem verbis adactum jusjurandum nullo modo suscepturi sint, quia nimis grave putent in hæc verba se obstringere; aliis verbis non recusent quamvis pejeraturi, quia jusjurandum vulgare et leve, ac proinde contemnendum existiment. Hunc autem metum solum spectat, qui jusjurandum certis verbis defert, qui id agit, ut incusso religionis metu cogat adversarium quoquo modo verum fateri. Quod de con-

(6) Conceptis verbis est, in formulam præscriptam ab eo qui præeundo adiurat juraturus Curt. *Lib.* 7. Plin. 10. *Epistol. ad Traian.* Pollet. 4. *Hist. fori* 14. Concipere verba est, formulam certam constituere. Unde conceptum jusjur. ἔπακϑω ὅρκω ubi verba aliquis præibat, quæ jurans persequebatur. Unde facilius cognitu si pejeraret, et conscientia contraria verba mutare vellet, ut ex Tacito 2. *Annal.* P. Greg. 10. *Synt.* 8. *n.* 2. Et præjurare dicebatur, qui verbis conceptis præibat, uti objurare est jurejurando obstringere. P. Pithœ. 2. *Advers. Subse.* 8. Ræv. 5. *Var.* 5. sic: In deferendo jurejurando deferens quomodo id præberi vellet, exprimebat. Et interdum conceptio jurisjurandi arbitrio jurantis relinquebatur: ut si per salutem suam specialiter eum jurare juberet. Poterat enim ita: Jupiter mihi iratus sit, Ita mihi Deus velim propitios. Interdum et conceptis vervis juratur, si deferens verba quibus jurari vellet, præiret; interdum si simpliciter deferebat, certa erat, ac solemnis formula Jovem lapidem jurandi, ita Rævard.

(7) Propter utilitatem enim hominum nonnihil superstitioni indulgetur. Duar in *Post. Com, h. tit. Cap.* 4. *fol.* 864. *col.* 2. Atque hoc est quod in *L.* 5. §. 1. *h. tit.* ei *quod propria superstitione juratum est. standum.* Ubi alios libros habere, *non standum*, testatur Forcat. *Dial.* 12. *n.* 1. utrique lectioni sententiam veram accommodari posse putans. Plane etsi jurisjurandi substantia requirat formalitatem verborum: facti tamen circumstantiæ, super quibus juratur per relationem ad aliud exprimi possunt. Vid. Jacob. Schult. *Obs. forens.* 2. *n.* 11. *et n.* 35. *ac seqq.*

ceptione verborum dictum est, idem accipiendum est de forma seu ritu jusjurandi: ut nisi in eam formam juratum sit, qua delatum est, nihil prosit jusjurandum; quia non sit juratum ex conditione delata. *L.* 5. *in fin. hoc.* Ut puta detulit quis adversario, ut juraret. (8) tactis sacris scripturis, ut interdum mos est. *L. generaliter*. §. *ult. C. eod.* Nisi ita juraverit, nihil egit. Neque hic quærendum est, qua forma et quam recta jusjurandum deferatur. Nam si honestus ritus est: repudiari non debet, non magis quam jurisjurandi conceptio; si turpis (9) aut superstitiosus; defertur jusjurandum sub turpi conditione, eoque impossibili. *L. filius, infr. de cond. inst.* In conventionibus et contractibus non reiicitur adjecta conditio impossibilis, ut in legatis; sed ipsa conventionem vitiat. *L. non solum, infr. de ob. et act.* ut consequens sit delatum hoc modo jusjurandum, quamvis susceptum, nisi ea conditio exstiterit, pro non delato habendum.

(8) De quo ritu vid. *infr. ad Cap.* 13. *N.* 23. ubi de ritibus quædam notabo.

(9) Hinc Senatus Parisiensis cum jurisjurandi formulæ cærimoniæ superstitiosæ adscriberentur, a deferente, ut præsente Sacerdote infulis sacerdotalibus insignito, tædis ardentibus in æde sacra juraretur: cærimoniis hisce rejectis, satis esse judicavit, si invocato Dei Numine, et tacto sacro Codice, juraretur Robert. *1. Rer. Judic.* Et hic judici moderandæ formulæ facultas, sive superstitio admixta sive major solemnitas exigatur, quam rei quantitas patitur, per *L.* 34. §. 5. *hoc tit.* Vid. Menoch. *Arbit. Cap.* 189. Stialic. *Obs. pract. Cap.* 20. *n.* 66. et seq. Anton. Fab. *Cod. suo h. tit. Definit.* 10. Ubi autem simpliciter et sine solemnitate delatum est, simpliciter quoque jurari satis est, Anton. Fab. *d. loc. Defin.* 16. In dubio quoque videtur juxta formam delatam præstitutum jusjurandum, cum solemnitas intrinseca facile præsumatur. *L.* 30. ubi DD. *de V. O.* Anton. Fab. *d. loc. Defin.* 25. *n.* 3. Confer. Tessaur. *Decis.* 47. *n.* 18. sed etsi contra formam delatam juratum, si adversarius, non objiciat nec de eo conqueratur jusjurandum, valet, delata solemnitas tacite remissa videtur, idem Fab. *d. Def.* 25. *n.* 7. *et Def.* 34.

CAP. VII.

Quomodo servet prætor jusjurandum: ac primum reo, et de exceptione jurisjurandi. Quibus detur: Adversus quos: Qua de re.

SUMMARIA.

1. *Exceptio jurisjurandi quomodo dicatur dari ut sunt verba edicti.*
2, et 4. *Quibus detur, et his verbis, Ad quos ea res pertinet, qui contineantur tum in hoc edicto, tum in aliis,* et n. 4.
3. et 4. *Successor in rem quis; et ad hunc quoque rem pertinere,* et n. 4.
5. *Fidejussori et similibus accessionibus omnibus prodest rei jusjurandum, unde fidejussori et reliquis exceptio: et quando.*
6. *Accessionum etiam, ut fidejussoris, patris, procuratoris, defensoris jusjurandum prodest reo principali, et ei parit exceptionem et hoc quam recte.*
7. *Extranei, qui idem non debeat, jusjurandum prodest reo etiam ex verbis edicti.*
8. *Filiifamilias et servi jusjurandum de re patris et domini, sive exceptione patri et domino prodest.*
9. *Jusjurandi exceptio adversus quos, seu quorum jusjurandum quibus noceat.*
10. *De ea re de qua jusjurandum delatum est, nocet exceptio jurisjurandi, et quæ sit res eadem.*

Hæ sunt conditiones de sententia edicti, quibus prætor jusjurandum extra judicium interpositum se servaturum pollicetur. Quomodo servet, deinceps videamus. Jusjurandum de quo quæritur, ita prætor servat, ut reo juranti pollicatur exceptionem; actori actionem ejus rei, de qua juratum est, aut remissum jusjurandum. *L. nam postea, ver.* 2. *hoc.* Ita in exceptione reo, et in actione actori danda servandi hujus jurisjurandi modus positus est. Quorum de utroque dicemus, secuti edicti ordinem, quo reo juranti prius cautum est, deinde actori. Ac reo cavetur his verbis, ut quidem fragmenta sub hoc titulo nobis relicta sunt; *Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit: ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea*

res pertinet, actionem dabo. Extant hæc verba partim in *L.* 3. partim *in L. ait,* 7. *hic.* De reo esse hanc partem edicti, non solum illa verba declarant. si is cum quo agetur, quibus significatur reus: *d. L.* 3. *et tot. tit. Inst. de exc.* Sed etiam quod negat prætor se in jurantem actionem daturum; quæ omnium nisi in reum dari aut peti non potest. Res postulat, ut spectemus, quid hac parte prætor tribuat. quibus, adversus quos. et qua de re. Tot enim sunt, quæ hæc pars complectitur.
3 † Primum negat prætor se in eum qui juraverit, actionem daturum. Habes, quid reo tribuat: nempe hunc tuetur, in eum actionem denegando. Imo reo exceptionem dando, dixerit aliquis. Nam reo, qui juravit, constat jurisjurandi exceptionem esse propositam. §. *æque, Inst. de exc. L. nam postea, vers.* 2. *hic.* Quæ sunt contraria, et quidem ita, ut qui unum dicit. continuo alterum excludat: ne quis forte dicat, utrumque remedium juranti reo propositum esse. Nam si actio in reum denegatur, nulla est exceptio; et contra si datur reo exceptio. prius actionem in eum datum esse oportet; cum non sit exceptio, nisi ad excludendam actionem jure constitutam, quæ et prius in reum data est, §. 1. *et seqq. Inst. de exc.* unde et exceptio definitur actionis exclusio. *L.* 2. *infr. de exc.* Et hæc ita sunt, si quis ea dicat eodem tempore esse proposita. Sed diversis temporibus recte singula per se consistunt, et ita juranti reo ea tribui visum est, Ut enim significatur in *L. nam postea, in pr. hic* Sic actor ita aget, ut fateatur reum prius de re jurasse, prætor omnino actionem non dabit. Quo (1) casu nec dabit exceptionem jurisjurandi; utpote non necessariam et ineptam ei, adversus quem nulla est actio constituta. Sin de eo ambigetur. an juratum sit; quia fieri potest, ut non sit juratum, prætor actionem dabit, sed rursum quia fieri potest, ut sit juratum, de quo et postea constet: prætor addet exceptionem, extra quam si juratum sit. At isto modo saltem, dicet aliquis, concedimus huic edicto aliquid deesse. quod necesse sit ad reum jurantem tuendum, Dici potest nihil esse incommodi, si fateamur non omnia hic relata esse. quæ erant in edicto ad defensionem rei pertinentia. Nam et actionem acturi juranti edicto promissam esse con-

(1) Ita duar. *Prior. Comm. ad h. t. Cap.* 17. *et in Poster. Cap.* 4. *fol.* 866. Cujac. *ad L.* 3. *C. hoc tit.* Hot. *ad §. æque* 4. *I. de except.* Vult. *in §. item si* 11. *ipsi* 10. *I. de act. n.* 16. *et ad tit. I. de except. n.* 25. Nam nec in exceptione jurisjurandi aliud quæritur. quam an juratum sit *L.* 5. §. 2. *L.* 9. §. 1. *h. tit.* Quorsum igitur exceptio daretur, aut formula subderetur, ex qua judex datus cognosceret, ubi de facto nulla contentio. sed ex jure certo lis omnis protinus dirimi a Prætore potest. Enimvero, quod Borch. *Cap.* 8. *n.* 8 (ex quo, ut reliqua transcripsit, Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 7. *n.* 12) ita arguit: Jusiurandum vim solutionis habet ut *Infr. Cap.* 9 *N.* 20. Ergo necesse est, ut si constit juratum esse, denegetur actio, tanquam omni obligatione extincta. Fallax illatio est, tametsi ei multum tribuat Hering. *de fidejuss. Cap.* 20. §. 2. contendens jurejurando omnem etiam civilem obligationem perimi atque extinguit. Quæ et opinio Vultei, *Discept. Cap.* 7. *pag.* 73. *in fin.* ac Borch. *Cap.* 3. *n.* 17. *et seqq.* Perinde enim inferre licet: Transactionis et Judicii instar habet, *d. Cap.* 9 *N.* 21. Ergo obligationem solum per esceptionem tollit, vel jure prætorio. Quod verius est, tum quia §. 4. *I. de exc.* aperte dicitur obligatum permanere; tum quia vis jurisjurandi qua actionem et exceptionem parit, ex prætoris edicto est. *L.* 7. *h. tit.* §. 11. *I. de act.* Ejus autem potestas non est. ut civilem obligationem ipso jure perimat. Denique quia *L.* 95. §. 4. *de solut.* adjungitur pacto, ac dicitur naturalis obligatio ipso jure tolli jurejurando. Quo ipso civilem remanere innuitur. P. Fab. *Semestr.* 16. *p.* 259. Quin ex eo ipso quod denegari dicitur actio, jure eam competere satis constat. Ita igitur est; Semper opponenda fuit convento priori actione jurisjurandi exceptio in jure apud prætorem. Verum si ei exceptioni non contradiceret actor. non erat de quo judicium constitueretur sub exceptione; sed quia nulla amplius lis, prætor actionem denegabat; quia nec de jure aperto converti poterat. ac quæstiones juris apud ipsum prætorem, non apud recuperatores dirimebantur. Junge *not. supr. Lib.* 22. *Cap.* 8. *N.* 8. Et hæc fusius ac scite comprobat amicus noster Ilico Ummius *Disput. process.* 8. *Th.* 6. *n.* 43. quia num obligatio jure consistat, vel sublata, non ex negatione actoris vel probatione rei, quæ substantiam non afficit, pendet. Veluti solutio ipso jure tollit. obligationem. Etsi objectam a reo diffiteatur actor, non eo magis efficiet, ut actio ipsius reviviscat. quæ probatione denum perimatur. Quin solutionis, quæ dicitur, exceptio vera non est. sed intentioni. non actioni opposita, ut suo loco. Quod de jurisjurandi exceptione recte dici nequit. Etsi ea vulgo statuatur exceptio litis finitæ, ejus ingressum impediens. Vid. Caroc. de *Juram. Decis. Quæst.* 1. 9 *Q. principalis* Beust. ad *L.* 9. *pr. h. t. n.* 22. et seq. *et not. supr. d. Cap.* 8. *N.* 8. Quam non oppositam, si ex actis de ea appareat, per judicem suppleri vult Caroc. *d. loc.* de quo vid. Beust. ab *L.* 9. §. 2. *h. t. n.* 23. *ac seqq.*

stat: de qua tamen nullum verbum edicti sub hoc titulo relatum legimus. Satis est, si ut actionem actori hoc edicto dari, sic et reo dari exceptionem alicunde intelligimus: quod traditur in *L. nam postea, vers.* 2. Sed parum consentaneum est in hac parte edicti hoc dici: cum videamus eam integra et absoluta orationis sententia esse relatam, et verisimile non sit, eos qui de actione deneganda verba edicti retulerunt, alterum remedium exceptionis huic adjunctum fuisse prætermissuros, si quidem de eo aliis verbis expressum fuisset. Neque vero necesse est ad illam defensionem nunc confugere: cum utrumque illud quod diximus, verbis edicti superioribus commodissime exprimatur. Observandum est enim prætorem non simpliciter edicere se non daturum actionem, sed non daturum ejus rei, de qua juratum est. Hoc vero præstat, non solum qui absolute denegat actionem, quod fit in re certa; sed etiam qui in re controversa actionem dat, addita exceptione, nisi de ea re juratum fuerit. Hoc enim qui excipit, is utique non dat actionem in eum casum, quo juratum erit. In summa in re certa prætor actionem non dabit; et si ambigetur, dabit exceptionem jurisjurandi: nunquam tamen
2 actionem ejus rei de qua juratum est. † Quibus prætor polliceatur exceptionem, seu in quos neget se actionem daturum, hi verbis edicti comprehensi sunt duo: ipse qui juravit, et is ad quem ea res pertinet. Is qui juravit, certus. Is ad quem ea res pertinet, non æque. Varie enim hæc verba in edictis prætorum accipiuntur. Sed varietas non est ex ambigua significatione verbi *pertinsrs*, sed ex conditione rerum, de quibus in edictis agitur: quæ res ad alios atque alios vario pertinent. Nam pertinere ad aliquem generaliter dicitur id, cujus commodum et incommodum ad aliquem pertinet, sive id in jure ejus est, sive id servari aut teneri ab eo ejus interest. *L. verbum illud, infr. de ver. sig. L.* 1. in edicto, illic, *mulier cum parturiet. et §. quamvis, §. denuntiari, infr. de insp. ven.* Res de qua cavetur edicto, illa est sola, quæ personas his verbis comprehensas distinguit: quoniam non omnes res ad easdem pertinent. Solum ergo videndum est, qua de re in edicto agatur. Ad quos ejus rei commodum pertinebit, sciamus eos superioribus verbis contineri. Jam vero in hoc edicto ea res demonstrat rem, idest, litem et controversiam, de qua juratum est: ait enim prætor, *ejus rei de qua jusjurandum datum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea rsa pertinet.* Proinde is ad quem ea res pertinet, hic intelligendus est is, ad quem ejus litis, de qua juratum est, commodum incommodumve pertinet: commodum, si actor in ea vincitur; incommodum, si actor vincit. Pertinet autem hoc commodum, incommodumve ad eum, qui eadem illa actione, de qua juratum est, tenetur nisi jurejurando defendatur. Quare si planius dicendum est; is ad quem ea res pertinet, præter jurantem accipi debet is, qui ea actione potest conveniri, de qua juratum est. Sententia edicti est: huic jusjurandum rei jurantis ita prodesse, ut non minus actori in eum denegetur actio, nec minus ei detur exceptio jurisjurandi, quam si cum ipso ageretur, qui juravit. Hinc tot et tam varii, quibus hoc titulo traditur, alterius jusjurandum prodesse ad exceptionem præter eum, qui juravit. Quippe omnes superiori definitione continentur. Id an ita sit; et an recte sentiant veteres, his ex alieno jurejurando competere exceptionem, propositis ordine generibus eorum, qui eadem actione teneantur, melius et certius intelligetur. Eorum quatuor sunt genera: heredes debitoris jurantis; is qui in rem, de qua juratum est, successit: principalis debitoris accessiones; tum ipse principalis debitor, cum de ipsius debito alius juravit. Heredes ut universi juris successores, in eandem obligationem, et omne onus quod defuncti fuit, succedunt. *L. 2. et L. ult. C. de her. act.* † Qui in rem successit, ut rei 3
possessor, similiter rei vindicatione tenetur, ut is a quo rem accepit. Dicitur autem in rem succedere, qui quovis alio titulo, quam hereditario, rem ab alio accipit; puta ex emptione, donatione, legato, et similibus caussis. *L. 4. §. si quis autem, et §. seq. infr. de dol. exc.* Hic dicitur in rem succedere potius, quam heredes: quia succedit in rem solam, quam sibi habeat, nullii autem auctoris oneri subiicitur; aliter atque heredes, qui ita in rem et ipsi succedunt, ut tamen primo et principaliter succedant in locum personæ, omniumque commodorum simul et incommodorum, denique universi juris successores sint. *L. 1. L. 2. infr. de bon. poss. L. si hereditatem, infr. mand.* Accessiones vocamus, qui principali obligationi accesserunt, ut fidejussores, mandatores, pecuniæ constitutæ reos. *L. si servum, §. nunc videamus, infr. de ver. obl. L. ex persona, infr. de fid.* Hos eadem cum principali debitore obligatione teneri certum est, ut qui eam in se susceperint. De principali debitore nulla dubitatio quin alio jurante ad hunc maxime

obligatio pertineat. Quid ergo de his dicimus? ad hos omnes eam rem et litem de qua juratum est pertinere, quia ejus rei commodum et incommodum ad eos pertineat, et ideo pertineat, quia eadem teneantur actione, ex qua et condemnari eos necesse sit, nisi ejus qui prius de ea re juravit, jurejurando adiuventur. Ideo omnes verbis his edicti contineri: *neque in eum ad quem ea res pertinet.* Hoc vero et de his a veteribus traditum est. Quæque hoc titulo de iis dicta legimus, quibus ex alieno jurejurando datur exceptio, ad hæc genera debent revocari. Contineri his verbis maxime heredes constat. *L. sciendum*, §. *ult. infr. de ver. sig. L. sciendum*, §. *deinde. infr. de æd. ed.* Itaque convenit in hoc edicto his verbis, si quis juravit se dare non oportere, etiam heredi ejus paratam esse jurisjurandi exceptionem. *L. ait*, *hic.* Sed hic citra controversiam. Heres enim in omne jus defuncti succedit. *L. heres in omne; infr. de acq. her.* Proinde et in exceptionem defuncto competentem, si personalis non fuit. ✝ Nec minus tamen iisdem verbis contineri eos, qui in rem successerunt, traditum est in *L. etiam*, *hic.* Finge possessorem deferente petitore jurasse rem suam esse, aut non esse petitoris. Si eam rem possessor vendiderit, et petitor eandem rem ab emptore petat: exceptio jurisjurandi ex persona auctoris etiam proderit emptori, et petitori obstabit. *L. emptori*, *C. de evict.* Quod et de exceptione rei judicatæ auctori prius quæsita traditur in *L. si a te*, §. *ult*, *L. si mater*, §. *item Julianus*, *infr. de exc. rei jud.* Verumtamen de hoc genere, an superioribus verbis recte subiiciatur, nonnulla dubitatio est. Nam (2) *L. sciendum*, §. *ult. de ver. sig.* scriptum est: *Hæc verba, is ad quem ea res pertinet, sic intelligi, ut qui in universum dominium vel jure civili, vel prætorio succedit, contineatur.* Universi autem dominii, et juris successor est heres. *L. hereditas*, *infr. de reg. jur.* In edicto quoque ædilium cum hæc verba essent, eodem modo illa de heredibus tantum Ulpianus est interpretatus *L. sciendum*, §. *deinde*, *infr. de æd. ed.* Nos contra in hoc edicto porrigimus etiam ad singularum rerum successores. Sed recte hæc omnia, nec quidquam in his alteri contrarium. Generaliter Paulus definit ea verba sic intelligi, ut universi juris successores contineantur. Hoc sic accipiendum est: ut contineantur illi semper, et sine controversia; non item singularum rerum successores: qui continentur quidem et ipsi, sed interdum, non semper, ut de his idem non possit generaliter definiri. Ut, in edicto ædilitio soli heredes his verbis accipiuntur, non rei successores. At enim interdum etiam successores singularum rerum intelliguntur, ut fit in hac parte edicti de jurejurando. Cur hic potius, quam in ædilitio edicto? Quia res de qua utrobique agitur, significationem discernit, ut initio hujus definitionis monui, et modo hanc modo illam interpretationem postulat. In quo hæc erit regula, quam teneamus hujus rei explicandæ caussa. Spectandum est, cujusmodi res sit, de qua in lege aut edicto agitur quæque demontratur his verbis: *Is ad quem ea res pertinet.* Siquidem ea ad successores etiam singularum rerum potest pertinere; perspicuum est, etiam ad istos verba legis referri. Quare sine dubio et hi ubi nihil impediat continebuntur. Quod si ad istos res quæ designatur, pertinere non potest; tum scilicet necesse est solos contineri heredes. Hinc varia horum verborum in superioribus edictis interpretatio. Nam in edicto ædilicio, cum dant Ædiles actionem redhibitoriam emptori, et addunt, *omnibusque ad quos ea res pertinet:* his verbis *ea res*, significatur vel ea emptio seu obligatio empti, vel ejus quod præstari oportet obligatio petitioque. Prius enim dixerant, *emptori*: item *quod ejus præstari oportere dicetur.* Ad quæ si referuntur continentia, *omnibusque ad quos ea res pertinet*, alios intelligere non possumus, quam eos ad quos earum rerum obligatio et petitio pertinet. Porro in obligationem et actionem empti succedit nemo, nisi heres. Sic enim cohæret personæ cujusque in personam actio, ut ad alium transire non possit; usque adeo ut nec cessa in alium transferatur, quam quidem is cui cessa est suo nomine et ex persona sua possit, exercere, nisi utilis. *L. 3. infr. pro soc. L. ult. C. quan. fis. vel pri. L. emptor, L. ex nominis, C. de her. vel act. ven.* Non mirum igitur, si in eo edicto illis verbis, *ad quos ea res pertinet*, solum heredes contineri dicamus; cum agitur de ea re, quæ in sin-

(2) Ex *d. L.* 70. ut epigraphe probat, junctis aliis LL. ex eo libro, referenda ad cautionem de rato aliasque stipulationes prætorias, ut Cujac. et Goedd. *ibid.* Ast Donello fere convenit. Alciatus *ibid.* spectandum volens ob quam caussam hæc verba adjecta, ut pro subjecta materia diversam recipiant interpretationem, etc.

gularum rerum successores non cadat. Qua ratione et in edicto de *edendo* successorum verbo, universi juris, non rerum singularum successores intelliguntur, cum jubentur et successores argentarii edere rationes. *L. si quis.* §. 1. juncta *L. quædam.* §. 1. *supr. de ed.* At in edicto de jurejurando pollicetur prætor se actionem non daturum *neque in eum qui juravit, neque in eum ad quem ea res pertinet*: Ubi, *ea res* demonstrat aut rem petitam, aut litem et petitionem, de qua juratum est. Utrumque autem, idest, et res petita, et lis transire potest ad unius rei successorem, eoque modo ad eum pertinere. Quare recte fit hoc quoque cum verbis, tum edicti sententia ut eum quoque successorem intelligamus, ad quem, ea res, quæ designatur edicto, tam aperte pertinet. Solum hoc potest in proposito dubitari cum ex jurejurando venditoris emptori exceptionem damus, nihilne hic fiat adversus regulam juris, quæ per liberam personam, quæ alterius juri subjecta non est, alteri quidquam acquiri vetat, eoque et actionem et exceptionem. *L. 1. C. per quas pers.* Sed regulæ tunc locus est, cum acquisitio in alterum recta et principaliter confertur, idest, cum contrahimus aut paciscimur nominatim alteri, ut soli illi actio vel exceptio suo nomine acquiratur. *L. quæcunque gerimus, infr. de ob. et act. L. multum, in fin. C. si quis alt. vel sibi.* Cæterum quod alicui recte ab initio quæsitum sit, nihil vetat ab eo in alterum transire. Quod in hac specie accidit. Prius enim jurat venditor rem non esse petitoris, et hinc statim exceptionem sibi acquirit. Recte illi quæsita, quominus cum re ad emptorem transeat, nihil prohibet. Et ideo si emptori rei venditæ fiat controversia, venditoris jura illi prodesse, eumque tam propriis, quam venditoris defensionibus uti posse placuit. *d. L. emptori, C. de evict.* ✝ Continentur iisdem verbis maxime principalis rei accessiones, ut fidejussores, idque est, quod dicitur, *quod reus juravit, etiam fidejussori proficere. L. in duobus*, §. 1. *hic*, quod et ad mandatores, et pecuniæ constitutæ reos transferendum est. *L. ultim. C. de const. pec.* Est autem hoc vel præcipue ex jure communi, quod proditum est de iis, qui pro aliis obligantur. Placet enim eos ut principalis obligationis accessiones in duriorem caussam obligari non posse. *L. Græce*, §. *illud. infr. de fid.* Cui consequens est, ut quæ exceptiones reo dantur, eædem et fidejussori competant; dummodo non sint personæ, sed rei cohærentes exceptiones. *L. exceptiones. quæ. infr. de exc. L. ex persona, infr. de fid.* Rei autem et caussæ exceptio est, exceptio jurisjurandi, quæ nulla habita ratione personæ datur hac de caussa, quia juratum est. Quod tamen (3) sic accipiendum est; si is qui juravit, de re juraverit, non de persona, ut Paulus loquitur in *d. L. in duobus.* §. 1. *hic.* Nam si de persona, incipit esse personæ exceptio; quæ fidejussori ex regula supra scripta non dabitur. De re autem jurasse intelligitur reus, qui juravit non deberi id, quod petebatur; de persona is, qui rem deberi confessus, exceptione aliqua aut defensione personæ propria est usus. Exempli gratia; Pupillus promisit aliquid ex justa caussa, ac fidejussorem dedit. Ejus obligationis nomine pupillus conventus juravit, et absolutus est. Convenitur postea ejus fidejussor. Quæro, an huic eandem exceptionem demus. Distinguendum est. Nam si pupillus hoc contendebat, se nihil promisisse, et juravit, fidejussori eadem exceptio dabitur. Sin pupillum constabat promisisse, sed pupillus hac defensione utebatur, quod

(3) Et ita an super contractu juratum, an respectu personæ, quod pupillus sine tutore, etc. distinguit Caroc. *Q.* 2. 14. *Q. principalis* ubi *n.* 3. extendit ad fidejussores animo donandi. Ac fuse hoc explicat Duar. in *Post. Comm. h. t. Cap.* 4. *fol.* 866. add. Borch. *Cap.* 8 *n.* 10. et seqq. Non interest an formula jurisjurandi in personam pupilli concepta, an in rem, etsi referre videri poterat. Unde ratio dubitandi in *d. L. ult. ut* Goth. *ibid.* Plane *d. L. ult. pr.* bis habentur hæc verba *ut ab omni conditione discedetur*, Ubi P. Fab. 2. *Semest.* 16. *p.* 259. reponit *contentione*: itaque se excusum in libro vetustiori reperisse testatur. Quomodo et emendat Hot., 4. *Obs.* 15. *Arg. L.* 43. *de cond. indeb.* Eum notat P. Fab. 3. *Semest.* 24. *p.* 392. quod sibi correctionis alienæ laudem falso adscribat. Quæ vix tamen laus dicenda, siculi et quod idem P. Fab. *d. Cap.* 16. pro *partione* in d. pr. substituit *exceptione*, quod ipsi per se jurijurando vires ad obligationem tollendam nullæ sint. Ast immo de naturali obligatione tollenda ibi agitur, quam ipsum per se jusjurandum exstinguit. *L.* 95. §. 4. *de solut.* Ac per *conditionem* formula jurisjurandi quam ea voce notari fatetur, ut *L.* 26. §. *ult. L.* 34. §. 7. *L.* 39. *h. t.* commode accipi potest ita: si convenit, ac id actum ut discederetur ab omni conditione: idest, unico jurejurando pupilli contentus sit creditor, neque aliam *conditionem* seu conceptionem novam jurisjurandi præscribat ipsi fidejussori.

quod diceret promisisse se sine tutoris auctoritate, ae de eo juravit; exceptio denegabitur fidejussori. Non enim ut obligatio ad utrumque pertinet: ita pertinet beneficium personæ. Hæc summa *L. ult. hic.* Si rei jusjurandum fidejussori prodest; proderit et patri jusjurandum filii, si filius juraverit se dare non oportere, et pater ex ea caussa conveniatur de peculio, vel de in rem verso. Sic et conventio filii, qua paciscitur ne a se petatur, prodesset patri. *L. acquirent, et L. seq. supr. de pact.* Nam et hic filius principalis reus est; pater ejus obligationis accessio. *L. si servum*, §. *an filiusfamilias. infr. de ver. obl.* de quo mox plura. Accessionum in numero et duo promittendi rei habendi sunt. Nam et hi quodammodo vice mutua fidejussores accipiuntur. *L. reos. infr. de duo. reis.* certe in utrisque obligatione res una versatur, et uno liberato, alterius liberatio contingit. *L. 3. in fi. infr. de duob. re.* §. 1. *Inst. eod.* Hinc placuit si ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniæ alter juravit, alteri quoque prodesse debere. *L. in duobus*, §. *ex duobus*, *hic.* Quod ad hunc ordinem referri debet.

Quod omnium maximam dubitationem
6 habet, placet † his verbis; *neq. in eum ad quem ea res pertinet*, et jam contineri principalem reum, ubi alius juravit eum dare non oportere: sic tamen dum si juraverit, eum quo agebatur, ut edicto expressum est, id est, qui ex persona rei seu nomine ejus conveniebatur; quo in numero sunt fidejussor rei pater, procurator, defensor. Hinc (4) jusjurandum a fidejussore exactum placet prodesse reo; si modo fidejussor juraverit non de persona sua, ut diceret se non fidejussisse; sed de re, ut diceret reum principalem nihil debere, eoque nec se teneri *L. in duobus.* §. 1. *L. ult. pen. hic.* Ejusdem rationis est, quod visum est, si pater filium dare non oportere juraverit, patri et filio dandam exceptionem jurisjurandi. *L. qui jurasse*, §. 4. *hic.* Sed et defensoris, vel procuratoris (5) jusjurandum ei ab adversario delatum prodesse, exceptionemque domino parere placuit, quamvis juraverit non se, sed dominum dare non oportere. *L. nam postea*, §. *pen. L. ult. hic.* Ac de verbis edicti negari non potest, quin ad hanc quoque speciem pertineant, id est, quin recte dicatur rem, de qua a suprascriptis personis juratum est, ad reum principalem pertinere: utpote ad quem vel solum vel præcipue pertineat, eoque et eum verbis edicti maxime contineri. Sed quod constituimus etiam huic superiorum jusjurandum prodesse, sive hæc edicti sententia est, siva non est: certe in eo de jure parum liquet. Nam quomodo per extraneam personam, quæ principalis rei potestati subiecta non est, quales sunt illæ, quas supra comprehendimus, debitori exceptio acquiratur, repugnante regula juris? Non enim hic fidejussor (ut ad hunc potissimum orationem conferamus) jurat sibi, sed nominatim alteri, nempe reum principalem dare non oportere. Item non acquirit primum sibi exceptionem, quæ deinde ex ejus persona in reum transeat, ut sit in eo possessore, qui juravit rem suam esse, deinde re vendita una cum re exceptionem juri-jurandi transfert in emptorem, de quo supra diximus; sed ita jurat reum non debere, ut illi statim exceptionem acquirat. Quorum utrumque regula juris improbatur. *L. 1. C. per quas pers. L. multum. in fi. C. si quis alt. vel sibi.* §. *alteri*, *Inst. de inut. stip.* Et ut sciamus hanc regulam pertinere quoque ad fidejussorem qui reo principali cavet, et obstare, quo minus per eum etiam debitori exceptio acquiratur; placet, si fidejussor pactus sit, ne a reo petatur, conventionem propter suprascriptam regulam reo nihil prodesse. *L. fidejussoris, supr. de pac.* Cur magis reo prosit fidejussoris jusjurandum, quam pactum? Quæ diluenda sunt. Et in fidejussore huic objectioni, ut verisimile est, occurrens Paulus in *d. L. in duobus*, §. 1. *hic.* cur fidejussoris jusjurandum prosit reo, hanc rationem reddit: quia id pro solutione sit habendum. Recte: si quidem ita habeatur. Nam si fidejussor solvisset, eodem facto et reum principalem, et se liberaret? Verum hæc ratio tunc valet, cum constat jusjurandum fidejussoris per se constitisse. Neque enim pro solutione esse potest,

(4) Ubi corrupta Haloandrina negatione dempta lectio. Vid. Ant. Augustin. 4. *Emend.* 17. *p.* 216. Et ita Caroc. *Q.* 31. 14. *Q. principalis* prodesse reo, sive in rem juratum, sive simpliciter. Secus si in personam nominatim.

(5) Hoc ita si ipsi procuratori delatum est ut is juraret. Nam si domino detulit creditor, alius ejus nomine jurare nequit ut *infr. Cap.* 14. *N.* 2. Etsi vero procurator quilibet deferre nequeat jusjurandum ut *supr. Cap.* 4. *N.* 2. quilibet tamen suscipere et præstare potest, quia alia delationis ratio. Defert non nisi cui jus est *d. Cap.* 4. recipere etiam minus idoneus potest. *L.* 26. *h. tit.* quia is qui exegit jusjurandum, eo contentus fuit.

si omnino non valuit. Nunc autem dici potest non valuisse, quia regula juris adversatur: ac de eo nunc quæritur. Sed et hoc ratio Pauli satis diluit, si quis vim ejus propius consideret. Nam si jusjurandum pro solutione interponitur, apparet fidejussorem, cum jurat reum nihil debere, id agere, ut reus hoc jurejurando velut solutione liberetur. At isto modo, sive jusjurandum admittitur, sive non admittitur, intelligitur fidejussor non tam jurare reo, quam sibi. Reo enim solutione liberato, consequitur per consequentiam, ut et ipse liberetur. *L. in omnibus speciebus, infr. de sol.* Si juret sibi: non impedit regula juris, quo minus et a principio jusjurandum recipiatur, et reo prosit, quo deinde per reum ad fidejussorem exceptio perveniat. Arg. in *L. et heredi. § ult. L. quod dictum, supr. de pact.* Et vero ad eum aliter pervenire non potest, quam si juret reum ipsum dare non oportere: dum enim fatebitur se fidejussisse pro reo, non potest dicere se non teneri, nisi prius constiterit ipsum reum nihil debuisse. Proinde etiam hac de caussa hoc jusjurandum recipiendum, quo acquirat jurisjurandi exceptionem sibi: quod jus concedit, postquam aliter acquirere eam non potest. Non (6) idem de pacto fidejussoris placuit, ut ei hoc prodesset reo. Merito: quoniam fidejussor, ut jam dixi, jurejurando liberari non potest, nisi de reo juraverit ipsum nihil debere, ut hinc appareat fidejussorem ita jurantem semper ipsum sibi jurare, pacto autem liberari potest, etsi paciscatur, ne a se solo petatur. Quo fit, ut si hoc amplius paciscatur, ne petatur a reo, intelligatur re vera alteri pacisci, non sibi: quod regula juris prohibet. Et hoc est, quod dicitur in *d. L. fidejussoris, de pact.* fidejussoris conventionem nihil prodesse reo, quia nihil ejus interest a debitore pecuniam non peti. Si fidejussoris jusjurandum proficit reo: etiam hoc admitti debuit, ut cum pater ex ea caussa, ex qua tenebatur de peculio, jurat filium non debere, jusjurandum patris prosit etiam filio: et patri pariter atque filio detur exceptio jurisjurandi, quod traditum est in *d. L. qui jurasse, §. 1. hic.* Nam cum filiusfamilias contraxit, duo hic tenentur: filius in solidum, et pater de peculio. *L. si quis cum, infr. de pecu.* Sed filius principaliter, ut cujus de contractu agatur, unde et tenetur in solidum: pater per consequentiam et ex persona filii, quasi qui illius obligationi accesserit, unde et de peculio solum tenetur. *§. actiones autem, Inst. de act.* Ita filius reus principalis est; pater similis fidejussori. Quapropter quæ de jurejurando fidejussoris dicta sunt, eadem et de jurejurando patris in contractu filii dici oportet omnia. Agi autem hic de patre, qui juret filium ex contractu dare non oportere, ex eo intelligi potest, quod dicitur ex hoc jurejurando etiam patri exceptionem dari. Non est necessaria patri exceptio ex obligatione filii, nisi ex persona ejus teneatur; nec tenetur, nisi ex ejus contractu. Sed hic occurritur etiam in filii contractu. Nam si pater pactus sit, ne a filio petatur, non prodest pactum filio. *L. si tibi, §. si pactus, supr. de pact.* Non est hoc contrarium. Nam nec fidejussoris conventio prodest reo, cui tamen prodest fidejussoris jusjurandum: cujus differentiæ rationem ante reddidimus. Quod dicitur hoc jusjurandum patris etiam filio prodesse, mirum videri non debet, tametsi juraverit filium non debere. Nam illum non debere jurans, se quo-

(6) Ad hæc major vis jurisjurandi quam pacti, ut recte Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 16. A. Fab. *ad d. L.* 23. Bronch. 1. *Misc. Ax.* 56. Quod male negat Cujac. 22. *Obs.* 7. cujus rationes alienæ plane ac impertinentes, cum pleræque sint ex jurejur. extra litem in conventionibus petitæ. Male idem huc accommodat illud: Deum non facere discrimen inter jusjurandum et sermonem nudum. Quod axioma ita acceptum: quasi dicat, Non major vis est, etiam apud Deum, jurisjurandi, nec gravius quis delinquit, pejerando, quam mentiendo, falsissimum est et perniciosissimum ac absurdissimum. Sed ad rem. Jusjurandum majorem vim habet re judicata *L.* 2. *h. t.* Quod de pacto utique non dicitur. Et ut A. Fab. *d. L.* pactum non afficit substantiam obligationis, sed tantum efficaciam actionis, quia adhuc agi potest contra præsentem, licet inutiliter. Ergo non potest cedere loco solutionis *L.* 54. *de solut.* Certe Cujacii ratio *d. Cap.* 7. quod inde alia ratio pacti sit, quia delato jurejurando fidejussor juret se solvisse; pactum autem nullam solutionem intervenisse ponit, adæquata non est. Nam et idem jus est, si se dare non oportere juravit *L. ult.* §. 1. *h. t.* Sed et recte Duar. ac Bronch. *d. loc.* Seraphin. *Priv. Juram.* 81. refellunt eos, qui inde quod jusjurandum pro solutione, inferunt fidejussorem actione mandati posse repetere a principali, si juravit, perinde ac si solvisset. Nam immo ad regressum hujus vera solutio necessaria. Tametsi Caroc. *Q.* 3. 14. *Q. principalis n.* 2. distinguit ut non sit repetitio contra reum, quando juravit fidejussor se non teneri. Secus ubi præcise se solvisse. Quæ distinctio num vera sit, ambigo.

que non debere jurat: cum ut dixi, non teneatur pater, nisi ut accessio, et ex persona filii. Quod ad procuratorem attinet, fatendum est nihil ejus interesse exceptionem jurisjurandi domino acquiri: cum potuerit ipse impune non jurare, ut qui non cogatur in aliena caussa anceps jusjurandum subire. *L. jusjurandum et ad. §. procurator, hic, L. 4. infr. de in lit. jur.* Sed procurator pro domino est qui eum dedit: et quidem eo usque, ut procuratoris pactio domino noceat: *L. nam et nocere, supr. de pact.* multo ergo magis, ut prosit; *L. rescriptum. §. ult. cum 2. LL. seq. supr. de pact.* Quod cum fiet, non est metuendum, ne in eo quidquam fiat adversus regulam juris: quia dum jurat, dominum non debere, videtur de se ipso jurare, non de altero, ut qui juret de eo, cujus personam ipse sustinet. Et quod jurat non se, sed dominum non debere, eo fit, quia aliter domino consulere non potest. Se enim jurando nihil debere, vere quidem jurat; sed de eo non agitur, verum de debitore, de quo et actor jusjurandum detulit. Non enim quæritur an debeat, sed an dominus. Defensor etsi ab initio ad caussam defendendam accessit sine mandato: tamen pro reo et hic habendus est: quia adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit: idest, defensorem sua voluntate litis dominum facit. *L. si mater; §. hoc jure, infr. de exc. rei jud.* Est enim is defensor, qui aut jam judicium accepit pro alio, aut judicium accepturus in eam caussam satis dedit. *L. sed et hoc, §. defendere, L. Titius, sup. de proc.* atque utroque modo fit, ut defensor domini loco sit habendus. *d. L. Titius, de proc. L. nulla, C. de proc.*

Illud hoc loco † diligenter monendi su-
7 mus, cum procuratoris aut defensoris jusjurandum reo prodesse legimus: *d. L. nam postea, §. penul.* cæteros qui in hoc numero non sint, cum obligationem cum reo communem non habeant, hoc ipso removeri. Et ideo si quis rei amicus, qui illius procurator non erat, deferente creditore extra judicium juraverit reum non debere: ejus jusjurandum reo non proderit: quia ut is non est procurator, sic nec defensor. Quæ sententia vera est. Nam neque hic est dominus litis, et jurat alteri, nec ejus interest a reo non peti: ut proinde secundum regulas juris inde alteri exceptio quæri non possit. *L. 1. C. per quas person. L. fidejussoris, supr. de pact.* Nihil hic debitorem juvat hoc edictum. Nam ut jusjurandum unius prosit ex hoc edicto alteri, ad quem ea res pertinet exigitur edicto, ut is juraverit, cum quo agitur: idest, cum quo agitur ut cum eo, cum quo de re agi potest. Is autem est, aut qui ea actione tenetur, aut procurator ejus, aut defensor. Cum alio debitoris nomine creditor non agit, etsi alius potest debitum negare:
† Sane si servus juraverit dominum dare 8
non oportere: exceptio domino dabitur: quamvis aperte servus juraverit alteri, nec sit in numero eorum quos supra diximus. *L. si servus, 23. L. sed etsi servus; 25. hic:* multoque magis in eodem jurejurando proderit patri religio filii, cum quo etiam judicium potuit consistere. *L. multo, 24. hic.* Sed hæc in servis et filiisfamilias proprio earum personarum jure recepta sunt, quo placuit per eos omnia patri dominove acquiri: nec referre, utrum his nominatim stipulentur, aut quid aliud in eorum personam conferant: quippe vocem filii vocem patris: et vocem servi vocem domini esse intelligi. *L. acquiruntur, infr. de ac. rer. dom. L. stipulatio ista, §. alteri, L. quodcunque. infr. de ver. obl. §. et vero, §. post mortem, Inst. de inutil. stip.* Hæc res facit, ut quod filius aut servus juraverint, perinde sit, ac si pater aut dominus jurassent. Quod si ab his factum esset, nemo dubitaret, quin recte illis et secundum regulas juris exceptio ex hoc edicto acquireretur. Atque hi sunt, quibus exceptio jurisjurandi ex hac parte edicti tribuitur.

Adversus † quos detur hæc exceptio, non 9
minus dilucide comprehensum est edicto, si quis modo verba diligenter consideret. Pollicetur Prætor si ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, actionem non daturum, idest, denegaturum. *L. nam postea, §. sed etsi, hic.* Quibus autem denegare potest, nisi agentibus, et eam actionem postulantibus? perspicuum est igitur hoc eum dicere, se iis qui de eadem re iterum agent, actionem non daturum, et, quod idem valet, se adversus eos daturum exceptionem jurisjurandi, cum res exiget. Nec quidquam Prætor excipit. Ergo datur exceptio ex hoc edicto adversus omnes qui de ea re agent, de qua jusjurandum delatum fuerit. Quod et verissimum est, et perpetuum: dummodo meminerimus, delatum jusjurandum hic accipi debere, ut supra diximus, idest, recte delatum, et ab eo, qui jus deferendi habuit. Hoc, inquam, si eveniet, ut ita delatum sit, non dubitabimus recte dici, adversus omnes, qui de ea re agent, de qua jusjurandum delatum fuit, exceptionem dari, sive hi detulerint, sive alius. Quod si cui de ea re agenti exceptio non obstabit, caussa in eo erit, non quia alius aget, quam qui detulit; sed quia jusjurandum non sit

delatum ab eo, qui deferre potuerit. Id species eorum, qui jusjurandum deferunt, et eorum qui de eadem re agunt, breviter propositæ certo declarabunt. Ex quo simul intelligetur, ad adversus quos nominatim exceptio jurisjurandi competat, adversus quos non competat: et quam vere dicatur id totum effici e dicto. In caussa sua et suo nomine agens recte quisque jusjurandum defert, qui habet rerum suarum liberam administrationem. *L. jusjurandum quod*, §. *pupillus*, *hic.* si is detulerit. Qui possint præter ipsum de eadem re agere, videamus. Et sunt in hoc numero heredes ejus, qui detulit: tum hi quibus eadem actio cessa est: item alter ex duobus reis stipulandi, cum inter duos reos una res in obligatione versetur: §. *pen. Inst. de duob. reb.* et bis similes in popularibus actionibus, cives omnes. Præter hos nemo occurrit, ad quem eadem actio pertineat. Atqui jusjurandum a defuncto delatum heredibus quoque nocere certum est. *L. nam postea*, §. *ult. hic.* Hi enim ut in actionem defuncti, sic, in incommodum exceptionis adversus illum comparetæ succedunt. *L.* 1. *L.* 2. *infr. de bon. poss.* Sed et qui in actionem ipsam tantum succedunt, jure auctoris sui uti debent. *L. qui in jus. infr. de re jur.* Nec minus in duobus (7) reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum alteri nocere placet. *L. in duobus, in pr. hic.* Sed et in popularibus actionibus si uno ex civibus deferente, alter cum quo agebatur, juraverit: placet huic prodesse jusjurandum etiam adversus cæteros, si bona fide sit exactum: tanquam ab eo recte delatum, qui rem deducere in judicium potuit, et quo agente si adversarius absolutus esset, ei competeret rei judicatæ exceptio adversus alios omnes. *L. eum qui*, §. *in popularibus*, *hic. L.* 3. *infr. de po. act.* Quapropter domino recte jusjurandum deferente, omnibus qui de eadem re agent, jurisjurandi exceptio oberit. At enim si quis in actiune in rem jusjurandum detulerit, ut possessor juraret rem suam esse, et is jurarit: potest alius extraneus exsistere, qui eandem rem a possessore suo proprio jure vindicet. Quod tamen si fit; convenit hunc prioris jurisjurandi exceptione summoveri non posse, et in universum quod inter alios actum sit, aliis non nocere. *L. nam postea*, §. *ult. L. quia*, *L. sed si possessori*, *in fi. hic. C. res int. al. act. al. non noc.* Non mutat hoc exemplam superiorem definitionem. In proposito enim (8) dici potest posterior actur agere de ea re, de qua juratum est; at non de ea, de qua jusjurandum delatum est; aut quod idem valet, recte delatum, quod exigimus. Nam si prior petitor jusjurandum tantum detulit, ut de dominio suo transigeret; de alieno dominio jusjuraodum non detulit, etiam si maxime possessor de omnium dominio jurarit. Quod si ille etiam de omnium dominio detulit, ut juraret possessor adversus omnes rem suam esse: non recte detulit adversus alios, eoque hactenus nec jusjurandum pro delato habendum est. Demus acturem aliquem in caussa sua detulisse, qui deferendi jus non habuit, ut pupillum sine tutoris auctoritate; nulli de eadem re agenti exceptio obstabit, ac ne deferenti quidem. Aut enim in totum adversus eum exceptio jurisjurandi non dabitur, aut adversus exceptionem erit replicatio. *L. nam postea*, §. *si minor*, *L. jusjurandum quod*, §. 1. *hic.* nempe ex eo, quia non fuit delatum jusjurandum ita, ut ad denegandam rei in jusjurandum demissæ actionem Prætor exigit. Ubi ipso jure jusjurandum deferenti actori non noceat, ubi per replicationem supra dictum est, cum de his qui deferre posseut, agerem. Jam vero

(7) Quia habentur loco unius propter unitatem obligationis, Duaren. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 19. Unde et pactum unius alteri nocet, si socii non sint *L.* 27 *princ. de pact. ut supr. Lib.* 16. *Comment. Civil. Cap.* 25. *N.* 2. ubi notavi. Etsi Cujac. *ad d. L.* 27. dissentiat ut *et* 22. *Obs.* 7. rationem differentiæ reddens, quod hic debitor cui unus reus detulit, juret se solvisse. Pacto autem interposito, ait, nihil tale dicit, sed quod inter eum ac stipulatorem in confesso est dari oportere, id creditor remittit. Quæ ejus liberalitas alteri reo stipulandi obesse nequit. De suo enim quisque largiri debet, non de alieno. Ita Cujacius. Sed fallitur (1) quia idem est, sive juret se solvisse, sive se non teneri, nunquam obligatum esse. Argum. *L. ult.* §. 1. *h. tit.* 2. Pacti quoque frequens formula, non teneri reum *L.* 40. *pr. de pact.* ac sæpe ex abundanti qui vere non tenetur, insuper pacto sibi prospicit, ne vereatur calumniosam forte litem, ubi nulla liberalitas vel remissio. Nam *L.* 1. *de trans.* non indefinite de quovis pacto, sed restricte loquitur. Sed nec *d. L.* 28. *pr.* ad reos socios restringenda, ut quidam, quos refellit Caroc. *Q.* 1. 14. *Q. principalis n.* 1. quia inquit, omnium correorum eadem ratio, cum jusjurandum habeat vim litis contestationis, quæ facta ab uno alteri nocet. *L.* 16. *de duob. reis.*

(8) Bellissime. Confer. Caroc. *Q.* 14. *principali*. Pinel. *in L.* 1. *C. de bon. matern. P.* 3. *n.* 50. *p.* 293. *ac seq.*

in caussa aliena alieno nomine agentes jusjurandum recte deferunt, ut ibidem dixi, procurator, tutor, curator, actor municipum, et similes. Faciamus hos detulisse; quandoque etiam dominis de ea re agentibus denegabitur actio, *L. tutor, in pr. L. jusjurandum quod*, §. 1. §. *pen. et ult. hic*. Et, ut dominis: sic omnibus qui ex eorum persona agent, aut qui eamdem cum illis actionem in commune habuerunt, de quibus paulo ante. Aliis extraneis in caussa aliena deferentibus, nulli actio denegabitur, seu in nullum dabitur exceptio; quia delatum jusjurandum haberi non debet, quod delatum est ab eo, qui deferre non potuit. *L. alias L. tutor*, §. 1. *hic*. Ita dum de ea re agetur de qua jusjurandum delatum fuit, si quæritur adversus quos detur exceptio jusjurandi: non aliud quærendum est, quam an recte et ab eo qui deferre poterat, delatum fuerit. Qui deferre possint, ante satis dictum est.

10 Reliquum est † ad exceptionem, ut qua de re iterum agi oporteat, videamus. De (9) eadem re, de qua non juratum solum, sed juratum et simul jusjurandum delatum est, iterum agi oportet, ut sit exceptioni locus. Eandem rem hic accipimus, non rem cujus nomine actum est, non etiam actionem qua actum est; sed quæstionem, quæ vocata est in judicium, et jurejurando decisa: *L. in duobus*, §. *exceptio*, *hic*. Ut si hæc quæstio nunc non moveatur, nihil obsit exceptio, quamvis aut petetur eadem res, aut eadem actione agatur; sin eadem sit quæstio, locus sit exceptioni, quamvis aut alia res, aut alia actio in judicium vocetur. Quæstionem autem eandem aut diversam caussa agendi facit: ut si ob eandem caussam nunc agitur, sit quæstio eadem; si ob aliam, diversæ sint quæstiones. *L. si actor*, *hic*. Exemplis ad utramque partem accomodatis res plana fiet. Propone de eadem re agi, at non de eadem quæstione, seu non eadem de caussa hoc modo. Petierat quis Stichum ut sibi ereptum, et de eo deferente reus juraverat se non rapuisse. Actor eundem Stichum ab eodem repetit, ut sibi furto ablatum. Idem quidem corpus repetitur; sed hic alia quæstio est, quia alia caussa agendi. Aliud est enim furtum facere, aliud rapere. Ideo placet reum exceptione jurisjurandi non adjuvari. *L. in duobus*, §. *si quis juraverit*, *hic*. Item, maritus soluto matrimonio ab uxore rem repetit ut amotam, et eo deferente mulier juravit se rem non amovisse. Deinde maritus eandem rem ut suam vindicat. Hæc alia quæstio, et alia caussa agendi est, etsi res eadem petitur. Ideo agenti exceptio non nocebit. *d. L. in duobus*, §. *quæ juravit*. Propone e converso eandem quæstionem moveri. Obstabit agenti exceptio, quamvis alia actione experiatur, atque adeo rem aliam petere instituat. Utputa, de re quæ apud alium est ex mandati caussa, mandanti et mandati, et certi condictio competit. Qui mandati nomine de re agebat, jusjurandum detulit, et reus juravit se rem ex caussa mandati dare non oportere. Frustra de eadem re aget postea certi condictione: quia etsi hæc alia actio est, tamen ex eadem caussa competit: unde et hic eadem quæstio in judicium deducitur; atque hinc exceptio ex hoc adicto. *d. L. in duobus*, §. *exceptio*. Item colonus eum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, juravit deferente actore se non succidisse. Sive ex lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive ex lege Aquilia damni injuria, sive interdicto quod vi aut clam postea conveniatur: per exceptionem jurisjurandi defendetur, quia ubique eadem agendi caussa est, eoque et eadem quæstio. *d. L. in duobus*, §. *colonus*. Item, eum soluto matrimonio rem quam uxor possidebat, maritus suam esse intenderet, mulier deferente marito juravit rem suam esse. Placet, si maritus eam rem postea repetat ut sibi amotam, quamvis id faciet maxime alia actione, nempe rerum amotarum, tamen mulierem per exceptionem defendi debere. *d. L. in duobus*. §. *quæ juravit* scilicet quia hic eadem caussa et quæstio in judicium revocatur. Non enim viro amota est, nisi ejus fuit. At de eo prius juratum est, ipsius non esse. Ejusdem rei exemplum est in *ead. L.* §. *igitur*, Sed etsi de alia re videatur agi: si tamen agatur ex eadem caussa, exceptio obstabit. Utputa, cum patronus præjudicio agens aliquem libertum suum esse diceret: juravit libertus patrono deferente se libertum non esse. Deinde patronus petit ab eo operas, aut petit bonorum possessionem contra tabulas defuncti. Exceptione sommovebitur, Petit enim hac de caussa, quod dicat eum libertum suum esse aut fuisse: de qua quæstione ante juratum est. *L. eum qui*, §. *pen.* Eadem dicemus, si quis de obligatione principali jusjurandum detulerit. deinde post agat de accessionibus, ut de pignore, aut postea pœ-

(9) *L.* 13. §. 2. *h. t.* Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 18. *et in Poster. Cap.* 4. *f. mihi* 866. *et seqq.* Qui hoc pluribus declarat, ut et Borch. *Cap.* 8. *n.* 16. *et seqq.*

nam petat *L. jusjurandum a* 40. *hic.* Nam hæc ex principali obligatione pendent, et illa sublata tolluntur. *L. in omnibus specie-bus, infr. de sol. L. cum principalis, infr. de reg. jur.* Atque hæc jurisjurandi exceptio est, et ratio, qua Prætor tuetur jurantem reum, cum extra judicium juraverit.

CAP. VIII.

De actione ex caussa jurisjurandi: quæ et qualis sit: quibus: Adversus quos: Quandiu: Quam vim habeat.

SUMMARIA.

1. *Actio ex jurejurando una, eoque non vetus, sed nova, eademque in personam, quæ dicatur in factum, et utilis.*
2. *Cur in factum.*
3. *Utilis non diversa ab actione in factum, sed uno et eadem.*
4. *Cur utilis.*
5. *Opinio vulgoris de differentia harum actionum refutata.*
6. *Cui detur, et adversus quos.*
7. *Ex jurejurando actio perpetua, quomvis ex temporaria actione juratum sit, atque adeo etsi juratum sit ex actione de dolo.*
8. *Actio ex jurejurando nomine non similis actioni judicati: re similis, et cur.*
9. *Hac actione quid consequamur.*
10. *In actione quæ per inficiationem in lite crescit, si juratum sit, simpli non dupli persequutio datur, et explicata* L. eum qui, in pr. de jurejur.
11. *Jusjurandum ex coussa famosa reum adversus quem juratum est, non infamat, ut res judicata; et cur.*
12. *Actionis ex jurejurando certitudo, ut nihil quæratur amplius.*

Ut autem hic tuetur jusjurandum reo, sic et actori: atque huic suo item modo, qui pariter tempori, et petenti conveniat; comparata nimirum in eam rem actione cum ipsi, tum deferenti, sicubi id res exigat. Hanc actionem (1) etiam edicto propositam esse constat. *L. nam postea,* §. 1. *L. in duobus,* §. *ult. hic.* §. *item si quis, Inst. de act.* Quæ et qualis sit; quibus detur; adversus quos; quandiu; tum quam vim habeat, ordine
1 dicemus. † Sed in primis quæ et qualis; de quo varie scriptum videtur. Modo enim hic actionem veterem dari legimus. *L. si duo,* §. *si quis juraverit,* §. *Marcellus, hic:* modo utilem. *L. sed si possessori,* §. *ult. L. quod si juravi, hic:* modo actionem in factum. *L. actori. C.* 20. *d. L. sed si possessori, in pr. vers. proinde.* Unde dubitatio, an hic plures sint actiones his verbis distinctæ, an una; et num actio ex jurejurando non minus sit in rem, quam in personam: nec admodum res percepta est. Ego unam esse puto, in personam, non in rem; eandemque, non veterem eam, de qua juratum est: sed novam ex jurejurando, quæ et in factum dicatur, et utilis. Et actio ex jurejurando una est in personam, non in rem. Certe inter actiones in personam aperte numeratur in §. *item si quis, Inst. de act.* Et recte. Nascitur enim (2) ex contractu; quia ex jureju-

(1) Etsi enim caput istud edicti non exstet, dubium tamen non est, quin de eo Prætor edixerit, ut colligitur ex *dd. LL. item L. pr.* 3o. *D. L.* 8. *Cod. hoc tit.* Duar. *in Prior. Comm. h. t. Cap.* 20. *et in Poster. Cap.* 5. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *Q.* 1. Ac immerito Zazium dubitare, num ex jurejurando extrajudiciali detur hæc actio, cum de eo diserte loquatur *d. L.* 28. §. *ult.* scribit Mudæ. *ad* §. 11. *I. de act. n.* 2. Et tamen cum Zasio hanc actionem ex voluntario jurejurando negat Vult *ut Not. infr. Cap.* 10. *N.* 5. *et* Borch. *de Jurejur. Cap.* 8. *n.* 30. *et seq.* Cum contra Donellus actionem hanc ex solo extrajudiciali dari sentiat ut *infr. d. N.* 5

(2) Verum hoc refelli *supr. in Not. Lib.* 12. *Civil. Commentar. Cap.* 14. *N.* 6. Nam si vere conventio ac contractus inesset, jurisjurandi actio civilis daretur. Respondet sane ad hoc Donell. *ad* §. 11. *I. de act. n.* 3. ideo prætoria actionem dari, quia non expressa hic, nec omnibus cognita conventio, verum eam inesse prætor interpretatus est. Atqui ex hoc ipso arguo: si ex interpretatione illa: utique non vera, sed tacita, qualis in quasi contractibus. Quomodo Beust. *in L.* 2. *h. tit. n.* 24. Non est, ait, hæc actio ex transactione nuda, tum quia hic quasi contractus adest, tum quia deferens videtur se adversarii debitorem confiteri, si juret *L.* 26. *in fin. h. t.*

rando. Ut enim judicio coutrahitur inter litigantes propter consensum. *L.* 3. §. *idem scribit, infr. de pec.* ita et jurejurando. *L.* 5. §. 1. *infr. de pec.* scilicet quia et hoc proficiscitur ex conventione, et judicii instar obtinet. *L. sed etsi servus. L. qui jurasse*, §. *ult. hic.* Scimus autem actiones ex contractu esse in personam. §. 1. *Inst. de act.* Etsi autem Justininianus hanc actionem juranti tribuens in *d.* §. *item si quis.* loquitur nominatim de eo, qui juravit sibi deberi pecuniam, quam peteret: quod ei convenit, qui vetere actione in personam ageret: tamen exempli caussa id dictum accipiendum est, nec minus idem puto, etsi quis in actione in rem juraverit rem, quam petebat, suam esse. Ut puta, petitor deferente possessore juravit rem esse suam, et possessore non restituente agit ex hac parte edicti, intenditque rem esse suam, ut juravit. Etsi hæc intentio est actionis in rem, tamen nihilominus in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jusjurandum. Ejusque rei certissimum argumentum est, quod non datur illi hæc actio, nisi adversus eum, qui detulit, heredemque ejus, *L. nam postea*, §. *ult. et L. seq. hic:* idest, non nisi adversus eum, quicum jusjurandum interpositum est, et jurisjurandi velut obligatio contracta; quod proprium est actionum in personam. Quod si actio in rem esset, competeret adversus ejus rei possessores quoscunque, etiam alios, ut est natura actionum ejus generis. §. 1. *Inst. de act. L. actionum infr. de ob. et act.* Et cur non sit hic quoque actio in personam, cum pariter sit ex
2 jurejurando, idest, ex contractu? ✝ Dicitur actio (3) ex jurejurando actio in factum in *L. actori*, *C. eod. L. sed si possessori, in princ. vers. proinde, hic;* quia ita dicuntur, quæ proponuntur verbis in factum præscriptis, eaque narratione pro nomine utuntur; cæterum aut vulgare et usitatum nomen non habent; *L.* 1. *L.* 2. *infr. de præs. ver. L. cum mota, C. de trans.* aut non habent certum, eo quod dubium sit, qua ex caussa et negotio agatur. *L.* 1. *infr. de æsti.* Quo ex genere posteriore est actio ex jurejurando. Nam alioqui, ut nomen spectemus jusjurandum certæ rei nomen est itidem, ut judicatum. Itaque ut ex judicatio actio est, quæ dicitur non in factum, sed judicati: *L. miles*, §. *ult. infr. de re jud. L.* 3. §. *idem scribit*, *infr. de perj.* Ita et ex jurejurando, si verbum hoc sequimur, actio dici possit proprio nomine actio jurisjurandi, eoque non sit in factum. Sed ideo ita non dicitur, quia cum agitur ex jurejurando, ambigi potest, utrum agatur ex vetere caussa, quæ jurejurando probetur: an vero ex nova caussa jurisjurandi; quoniam ut jusjurandum conventionem et contractum in se habet; *d. L. qui jurasse*, §. *ult. hic. d. L.* 5. §. 1. *de pec.* Sic et rei de qua juratum est probationem. *L.* 5. § *dato, hic.* Nulla hujusmodi incertitudo in actione judicati. Certum est enim eam, cum ad exsecutionem sententiæ detur, non competere ex priore caussa, de qua judicatum est, cum illa exsecutionem partam nullam habuerit; sed solum ex judicato, quod hanc exsecutionem peperit. Ita cum et nomen certum rei gestæ concurrat: ex certo facto etiam certum nomen actioni proditum est, diciturque judicati: ut fit et in aliis negotiis, quorum certæ sunt appellationes jure civili. *L.* 3. *infr. de præs. ver.*

Sed ut dixi, præter actionem in factum ✝ etiam ex jurejurando vetere actione agi 3
posse, et præterea utilem quandam actionem esse legimus. Num ergo hic totidem sunt actiones: quot verba diversa esse videmus? Et convenit inter omnes, si qua hic sit vetus actio, tamen hanc insam esse, quæ dicitur utilis. *L. si duo*, §. *Marcellus, in fin. hic.* ut hic si plures sint actiones: non tamen tres efficiantur, sed tantum duæ: illa in factum, de qua dixi; et vetus, quæ eadem sit utilis. Hoc ergo videndum, num hæ saltem duæ sint, non una. Et quis veteris actionis verbo non statim moveatur, ut has maxime diversas actiones esse judicet? Nam si actio in factum nascitur ex jurejurando, ut volumus: perspicuum est eam esse novam actionem, non veterem. Hæc enim ex vetere caussa est, de qua juratum est; illa ex jurejurando, quæ caussa postea intercessit: ut non possit, non esse nova actio, quæ inde nascitur. Quis autem non videt diversas esse actiones veterem et novam: et quidem re maxime diversas, quæ ex tam diversis caussis oriantur? Tantum vero inter has interesset, ut hac ipsa re efficiatur, veterem actionem esse posse in rem: quia de ea jurari potest: nunquam autem actionem in factum aliud esse, quam in personam,

(3) Vultei. *Disc. schol. Cap.* 7. *p.* 72. in factum dici, quod in ea quæratur magis quod rite, quam quod recte factum, juratumne sit, non an vere vel falso. In factum: non tantum quia in factum concepta, quæ generalis actionum in factum natura; sed et quod in ea tantum quæratur de facto: an nempe juratum sit sive vere, sive falso.

cum non nascatur nisi ex contractu, idest, ex jurejurando. Et hæc admittienda sunt, si quis concedat, ab eo qui juravit, ob jusjurandum proprio vetere actione agi posse. Sed animadvertendum est, (4) veterem istam quæ dicitur competere post jusjurandum.

(4) Hoc displicet Vultejo. *Disc. Schol. Cap.* 7. *pag.* 73. *col.* 2. quia indignum Jurisconsultorum prudentia nominari actionem ex empto, exempli gratia, quæ vere non sit. Verba enim propter res inventa, nec alias quam quæ illis denotantur accipimus. Ipsius autem Vulteii hæc sententia, *d. Cap.* 7. *et ad* §. 11. *I. de act. n.* 13. *ac seq.* 1. Putat edictum prætoris ad controversias solum quæ in jus deductæ, pertinere. Vid. *not. infr. Cap.* 10. *N.* 1. Hinc distinguit. Aut in jure apud prætorem præstitum jusjurandum et quia judicium nondum constitutum, proinde actio nondum data novari nequit, veterem actionem dari. cum ejusdem caussa non sublata sit: De hoc jurejurando loqui *L.* 13. §. 3. *et* 5. *hoc tit.* Aut in judicio, atque hic. priori prorsus exstincta. dari actionem in factum, utilem judicati *L.* 11. *pr. D. L.* 8. *C. h. t.* Nam cum ad similitudinem judicati detur: exemplo judicati priorem actionem novari censet, ut sublata veteri caussa, una ea supersit, quia juratum est. Argum. *L.* 13. §. *etiam* 4. *de pign.* Atqui hanc utilem actionem esse, non tam quia jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet, quam quia actio judicati directa datur ex sententia, a judice in invitum lata. Sententia autem ex jurejurando ad voluntatis partium placitum *L.* 6. *C. h. t.* seu petitionem *L. pen.* §. *sive* 3. *C. eod.* Idem ad *d.* §. 11. *n.* 4. Necessariam hoc casu prætoriam actionem esse, quia jurejurando omnis obligatio sublata, etiam civilis, cum perinde atque solutio liberet *L.* 27. *h. tit.* Nec longe abludit Borch. *Cap.* 8. *n.* 36. *et seqq.* qui itidem *n.* 45. actionem priorem novari scribit. Quorum sane opinationi consequens est, ne quidem si caussæ jurisjurandi non innitatur actor. sed aliunde fidem actionis suæ facturus, eam superesse. Quod perquam mihi incongruum, ac incommodum videtur. Pone enim: qui vere emit, cum de eo contentio incideret, num emisset: aut qui vere dominus rem suam esse juravit, firmiores postea probationes nactus, actionem ex ex empto, vel rei vindicationem intentat, dissimulato eo, quod prius juraverit; aut ut non dissimulet, in eo intentionem suam non fundat. confidens aliis probationibus, magisque existimationi se consulere ratus, si veris probationibus ostendat se emisse, dominiumve suum doceat, quam si fictæ huic, veluti præsumptæ probationi innitatur. Quid est quod eum removere possit? Anne dicet reus: Ast tu prius jurasti, itaque actionem veterem novatione facta amisisti: Improbus erit, qui hoc objiciet, eo ipso ostendens temere litem subire, qui vel ideo quia juratum, actoris petitioni satisfacere debeat. Confer. *C. seq. in fin.* Quid quod nec judicato fit novatio, nisi quatenus actori expedit, cum, lite contestata. ejus deterior conditio non fiat, ut suo loco. Atque id quoque controversum. num præter actionem judicati. actio vetus non supersit. Et recte tamen Don. ut *C. seq. n* 9. *ad N.* 19. jurejurando nec fieri novationem. Certe id firmandæ priori obligationi si quæ prior adest, accedit adjuvandæque. Qui igitur eandem perimet? Noxium id sæpe foret actori. cum quandoque ex jurejurando actio non tantundem plane quantum prior persequatur. ut *infr. h. C. N.* 12. præcipue autem quia si actio in rem prius competiit, actio ex jurejurando non datur contra alium possessorem. Pluresque caussæ incidere possunt, cur expediat, nova hac relicta, veterem priorem intentare. Fallax denique. nec uno modo vitiosa argumentatio illa quod jurejurando omnis obligatio tollatur, quia id solutionis loco sit. Nam et hoc solum obtinet in jurejurando debitoris. cui creditor detulit ut *C. seq. N.* 9. *sub fin.* Quis enim aut quam apte dicet solutum creditori aut satisfactum videri: cui non modo nihil præstitit debitor, sed eum insuper hoc onere jurandi gravavit: Et tamen nec illic obligatio civilis exstinguitur, ut firmavi *C. proced. N.* 1. Denique LL. a Vultejo adductæ, quasque sibi objicit, species habent, quibus actor caussæ huic quod juraverit præcipue innititur. Ac refellitur Vultejus ex *L.* 30 *pr. h. t. ut infr. N.* 12 Enimvero sic probandum esset; quod Donellus eandem vult esse actionem, quæ modo in factum dicitur, modo utilis, modo ex ea caussa de qua juratum est: cum magis tamen statuam duplex hic remedium proditum, esse, ut, utrum exercere malit, actori liceat. Oldendorp. *Class.* 1. *Act.* 9. in *ad fin. Remed. n.* 1. nisi ex caussa contractus innominati juretur: ex quo ipso non alia quam præscriptis verbis. vel in factum actio. Old. *ibid.* Gilk. *ad L.* 8. *C. h. t. n.* 3. Ast hoc minus probandum foret, quod ubi in reali actione juratum, eadem in personam sit. Quin potius utilis ea vindicatio, seu Publiciana, petitiove hereditatis, ut Goth. *ad L.* 11. §. *ult. h. t.* Rulant. *de commissar. P.* 3. *Lib.* 7. *C.* 9. *n.* 16. Mud.e. in §. 11. *I. de act. n.* 24. Nam et *d. L.* 7. §. 7. *de publ.* nimis clare dicit: *Competit Publiciana mihi.* Etsi enim innitatur ei caussæ, quod juratum sit, tamen ea adducitur. non ceu immediata sed ceu mediata caussa petitionis, sicuti et alias vindicatio expressa vel adjecta caussa intentari potest; ex. gr. Rem istam meam esse ajo, quia ex emptione traditam accepi. Nec obstat quod non contra quenvis possessorem datur. Nam id contingit ex defectu probationis, quæ contra alium non suppetit. Plane quod Vult. *d. C.* 7. *p. mihi* 73. et ad *d.* §. 11. *ipsi* 10. *I. de act. n.* 16. ita

verbo veterem dici, re autem vera non nisi novam actionem esse, et eam quæ nascatur similiter ex jurejurando: ut proinde sit et ipsa in factum, et ut ex contractu est, ita non sit nisi in personam. Quod ut intelligatur, quid de hac vetere traditum sit, cognoscendum est. Veterem, ut dixi, actionem juranti dari legimus. Ut puta: juravit quis se emisse: ex empto agere poterit. Juravit se fundum pignori dedisse: agere poterit pigneratitia. *L. si duo, §. idem Julianus, §. Marcellus, hic.* In actione quoque in rem juravit quis rem suam esse: competit ei Publiciana. *L. sed etsi, 7. §. si petenti, supr. de publ.* Idque hac ratione defenditur, quod jusjurandum pro justa probatione est, et ut alibi dicitur, perinde haberi debet, quod juratum est, atque si probatum esset. *L. 5. §. dato. L. sed si possessori, §. ult. hic.* Nemo autem ignorat, si quis intendat se emisse, et probet, eum recte agere ex empto, et vincere debere. Sed ita dicitur competere hæc vetus, ut simul dicatur esse utilis, ut constat ex *d. L. si duo. §. Marcellus, in fin.*
4 *L. sed si possessori, §. ult. hic.* ✝ Et recte utilis, non directa. Est enim directa, quæ recta verbis legis datur: utilis, quæ verbis cessantibus datur ex sententia utilitate ita suadente. *§. ult. Inst. de leg. Aq. L. quia actionum, infr. de præs. ver.* Jam vero verbis legis non datur ex empto actio, nisi ei qui emit. *L. ex empto, infr. de act. empt.* Non continuo autem emit, qui juravit se emisse. Fieri enim potest, ut falso jurarit. Proinde ei qui tantum dicit se emisse, quia juravit, directa ex empto actio competere non potest. Sed tamen prætor jusjurandum sic accipit, quasi hoc interposito satis probatum esset. *d. L. 5. §. dato, hic.* Ita fit, ut cessantibus verbis legis detur utilis ex legis sententia, quasi emptio intervenisset: sed semper hac de caussa, quia juratum est. *d. L. 5. §. dato, d. L. sed si possessori, §. ult. hic.* Ex his apparet veterem hanc, quæ dicitur, unam hanc caussam et defensionem habere, qua nitatur, quia juratum sit. At hoc nihil aliud est, quam hanc ex vetere caussa non intendi, sed ex nova jurisjurandi. Proinde verbo veterem dici; re autem vera esse novam, natam ex solo jurejurando. Nec ad rem pertinet, quod actor primo ex vetere caussa sibi deberi dicit: unde et veteris caussæ intentione utitur. Hanc enim caussam initio obtendit, quia facit ad ipsius existimationem, ne videatur falso jurasse sibi deberi. Cæterum re vera hanc omittit, cum se ideo agere dicit, quia juravit. In hac enim caussa solum consistit: cujus hoc proprium est, ut non aliud quæratur, quam an juratum sit: remissa quæstione, an ex priore caussa deheatur, ut est in *d. L. 5. §. dato.* Idque est, quod Paulus scribit in *L. eum qui, in pr. hic*; hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem caussam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Est igitur tota hæc actio ex jurejurando non minus, quam si aperte statim ab initio ita quis ageret, ut diceret, ideo se petere, quia deferente adversario jurasset sibi ex illa aut illa caussa deberi, aut rem suam esse. Quid enim interest, utrum intentio statim ab hac caussa incipiat, an initio ex alia caussa facto, intentio in hanc caussam, priore omissa, desinat? Quod si actio ex jurejurando: fit, quod supra dixi, ut sit actio ista utilis solum in personam, non in rem: simul ut sit et in factum, illa ipsa quam in factum ex jurejurando competere diximus. Ejusque sententiæ argumenta hæc duo sunt: unum, quod in *L. sed si possessori, hic*, ei qui juravit, rem suam esse, datur actio in factum. *in pr. vers. proinde.* Eidem paulo post in *§. ult.* datur utilis. Alterum, quod quæ actiones a juris auctoribus utiles vocantur, easdem constat et in factum nominari, *§. ult Inst. de leg. Aquil.* juncta *L. boves, supr. ad leg. Aquil. L. quia actionum, infr. de præs. ver.* Et ut omnis utilis ex jurejurando est in factum ob eam caussam, quam de hoc verbo supra exposuimus: ita et omnis in factum ex hac caussa recte dicitur utilis, si cum vetere actione, de qua juratum est, conferatur. Cum qua et confertur, et ad cujus similitudinem introducta est, edicto jusjurandum ita interpretante, quasi satis ea caussa probata esset. *d. L. 5. §. dato.* Neque novum est, ut quæ actio prætoria (5) directa dici potest, si verba edicti spectentur, quia verbis ipsis pro-

demum Publiciana agi putat *d. L. 7. §. 7.* si res ex caussa jurisjurandi tradita ac amissa, vix convenire reor. Tunc etenim Publiciana contra alium quoque competet, cum traditio ex caussa facta vel dominium, vel jus usucapiendi ad caussam dominii, sive jus dominio finitimum, quod Publicianam gignit, transtulerit. Ac ratio pariter subjecta ac *vers. sed si possessori*, arguunt Publicianam ex ipsa jurisjurandi caussa illic dari. Nisi quis dixerit et ubi ex empti donative caussa quis accepit, re amissa Publicianam solum dari contra eum, qui vendidit aut donavit, quia emptio donatiove alterius alteri non noceat. Quod quam juri adversetur satis apparet.

(5) Vid. *Not. supr. Lib. 21. Civil. Commentar. C. 2 Not. 7.*

posita est: ea dicatur utilis, si ad actionem civilem, cujus ad exemplum introducta est, revocetur. Publiciana aperte edicto proposita est. §. *namque. Inst. de act.* Qua ratione recte dicatur ex edicto directa. Ea tamen dicitur in rem utilis: rei autem vindicatio quae jure civili domino datur, directa, ut significatur in *d.* §. *namque:* scilicet quia illa ad similitudinem hujus a praetore constituta est. Ita plane una est actio ex jurejurando, quae modo dicitur in factum, quia intentio actionis dubium faciat, utrum ex vetere caussa agatur, an ex jurejurando: modo utilis, quia sic intendatur, quasi sit ex vetere caussa; verum auctoritate praetoris non verbis legis. Utrumque tamen ita, ut constet quacunque forma agatur, eam non aliunde nasci, certe non aliunde consistere, quam ex hac una caussa, quod juratum est.

Illud quidem nullo modo probandum
5 est, † quod (6) Accursius et alii tradiderunt ad §. *item si quis postulante, Inst. de act. et L. actori, C. de jur,* sic has actiones differre, ut utilis sit, cum quis certa de caussa nominatim juravit, puta se emisse: in factum autem, cum simpliciter juravit sibi quid deberi, nulla caussa adiecta, ex qua deberetor. Ut enim admitteremus duas esse: nunquam tamen (7) recipiendum est, ut diversis in caussis dicantur competere: multo vero minus, ut dicatur ex jurejurando ulla esse actio, ubi quis juravit sibi deberi, nulla caussa debendi expressa. Qui deferente adversario juravit rem suam esse, huic utramque competere scriptum est in *L. sed si possessori, hic:* in factum *in princip.* utilem autem in §. *ult.* Eadem igitur in caussa utramque: ut aut pariter otraque competat, cum nulla caussa adjecta juratum est, aut pariter cum juratum est, adjecta caussa petendi. Sed res ita habet, ut in superiore specie qui jurat, caossa petendi adjecta, juret. Nam ad vindicandum satis est caossae, si quis dicat rem suam esse. *L. in rem, supr. de rei vind. L. actionum, infr. de obl. et act.* Quo minus ferendum est, ut dicant actionem in factum esse, cum simpliciter juratom est, nulla caussa adjecta: cum illi ipsi in eadem specie utilem actionem dent, quam non nasci fateotor, nisi cum caussa jurandi expressa est. Quid, si etiam fieri non potest, ut quis sine caussa jurans habeat ullam actionem ex jurejurando? Primum non habebit, nisi etiam ei ita delatum sit, ut simpliciter juraret sibi deberi. Nihil enim prodest jurasse, nisi conditione delata juratum fuerit. *L.* 3. *hic.* Atqui nemo debitor, opinor, tam stultus est, ut cum ab eo decem petuntur, quae negat se debere, si longius progredi vult, non statim roget, ex qua caussa debeat; et cum actor caussam dixit, non tunc deferat jusjurandum, ut actor juret sibi deberi ex illa caussa; non etiam ut juret simpliciter sibi deberi. Tum autem ut exsistat forte debitor aliquis, qui de caossa debendi nihil inquirens, velit actorem simpliciter jurare: quid profuerit juranti ita praestitum jusjurandum? Si quando enim postea ex eo aget, ut petat decem, quae sibi deberi juravit, rogabitur ex qua caussa velit sibi ante debita fuisse. Si nullam dicet, non est audiendus: quia jus affirmationem non recipit: jure enim sine justa caussa deberi nihil potest. §. *ult.*

(6) Cum quibus et Duar. *ad h. t. D. in Comm. Poster. C.* 5. Mudae. *in* §. 11. *I. de act. n.* 20. *et* 2. *seqq.* Beust. *ad L.* 9. §. 1. *h. t. n.* 1. *et* 2. Sneidvin. *d.* §. 11. *n.* 61. Caroc. *de Juram. lit. Decis. Q. principali* 18. ac fere Pac. 3. *Q.* 78. qui sic: Si in judicio juratum, utilis judicati actio *L.* 8. *Cod. h. t.* si extra judicium adjecta caussa, actio utilis ex ea caussa, quae jurejurando expressa; non adjecta caussa, in factum. Et illic DD. jusjurandum formiter praestari dicunt, hoc vero informe vocant, tale quoque statuentes, ubi rem suam esse quis jurat, non adjecto titulo dominii.

(7) Ita et DD. vulgo refellit Gilken. *ad L.* 8. *C. h. tit. n.* 6. et Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 9. *in ad fin. Remed. n.* 1. juramentum istud quod informe appellant, a judice non admittendum, nisi jurans ad acta judiciaria se referat, ex quibus debiti caussa appareat. Addit Gilken. *d. loc. n.* 7. quod ita sequeretur, non modo ex pacto nudo, juramento accedente, nasci actionem, quod vulgo negatur; sed et ut jusjurandum id efficiat, ubi nulla vel plane inutilis intervenit stipulatio. Non obstat formula, quae passim occurrit, si juraverit sibi dari oportere, se dare non oportere *L.* 9. §. 5. *L.* 25. *L.* 28. §. *ultim. L.* 29. *h. t.* Neque enim ea Jurisconsulti hoc volunt, quasi tam nuda conceptio sufficiat, sed compendio loquendi totam actionem, in personam cum sua caussa denotant. Quasi dicerent, si in actione personali juraverit, nempe juxta legitimam formam, expressa caussa Oldend. *d. loc.* Nam et ita simplex formula agendi refertur in §. 1. *et* 14. *I. de act.* neo sequitur tamen ita recte judicio intendi, contra quam *supr. Civil. Commentar. Lib.* 23. *Cap.* 5. *N.* 5. Plane Borch. *de Jurejur. Cap.* 8. *n.* 30 *et seqq.* contendit ex jurejurando voluntario nullam nisi veterem actionem competere posse, uti et ex praestito in judicio, si sententia non sequuta.

Inst. de obl. Affirmationes autem ratæ non sunt, quibus jus aut natura adversatur. *L. si is cujus.* §. *ult. supr. de inter.* Si dicet aliquam: jusjurandum nihil eum adjuvabit: quia neque de certa caussa juravit, ut apparet, neque juravit de omnibus, quoniam ex omnibus cau sis res petita deberi non potuit, sed ex certis tantum. Omninoque idem hic dicetur, quod de cautione ejus qui scripsit se derem debere, nulla expressa caussa, cur deberet. Placet hanc cautionem reo nihil nocere. *L. generaliter, C. de non num. pec. L. cum de indebito,* §. *ult. infr. de prob.* Quia nimirum sine caussa certa debere non potuit jure, quantumvis confessus sit se debere: creditor autem si aliquam caussam dicet, ideo nihil agit, quia cautio hanc caussam non probat, de qua nihil exprimit. Nec quisquam dicat jusjurandum cautioni non recte comparari: quasi major vis sit jurisjurandi. Non enim minus cautioni suæ quis stare cogendus est, ubi cautionem suam agnoscat, quam jurjurando. *d. L. generaliter. C. de non nu. pec.* Sed non debet stare ultra, quam cautio exprimit: sic nec debet nocere jusjurandum ultra, quam continet: siquidem et hoc pro probatione itidem, ut cautio habetur. *L. 5.* §. *dato. hic.*

6 Hæc † actio, quod secundo et tertio loco propositum est, datur (8) ei actori, qui juravit. *L. actori, C. eod.* §. *item si quis postulante, Inst. de act.* Et ut intelligere liceat qualiscunque sit, et quacunque forma intendatur, omnem hanc esse in personam, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit rem suam esse: non huic datur adversus extraneos, aut possessores rei, sed ut est conditio actionum in personam, duntaxat adversus eum, qui jusjurandum detulit, ut cum eum quo contracta jurisjurandi obligatio est; item adversus eos, qui in ejus locum successerunt, ut est in *L. nam postea,* §. *ult. L. quia, L. sed si possessori, vers. proinde, et* §. *ult. in fin. hic.* Etsi autem proposita est maxime ejus actoris caussa qui juravit, ac fortasse verbis edicti huic soli (nam hujus solius mentio fit in *d.* §. *item si quis postulante, et in d. L. actori.*) tamen sive verbis edicti, sive sententia efficitur, ut ad alios quoque pertineat: certe placet ei quoque dari, qui detulit adversus eum, qui juravit, quoties de ea caussa juratum est, ex qua si vere juranti esset, ut juranti, sic deferenti (9) mutuæ essent actiones. Ut puta: juravit quis se emisse rem a Titio centum. Si vere emisset: necesse esset etiam Titium illi vendidisse, ac Titio de pretio ex vendito teneretur. Placet et nunc illum ex vendito ita teneri. Juravit se societatem cum Titio fecisse. Eadem ratione et is pro socio a Titio poterit conveniri. *L. si duo,* §. *si quis juravit, hic.* Juravit se ob decem pignori dedisse fundum. Etiam in decem ultro ex jurejurando suo conveniri poterit. Juravit maritus rem sibi datam in dotem deferente ea, quæ uxor fuerat: hic quoque placet uxori utilem de dote actionem dari *d. L. si duo,* §. *Marcellus.* Quippe hæc ita fierent, si et ille vere dedisset fundum ob dotem, et hic vere rem in dotem accepisset. Sed unde hæc actio ei qui non juravit, si edicto non est proposita? Ac verbis non esse propositam constare potest, non ex eo solum, quod in §. *item si quis postulante, Inst. de act.* solum ita scriptum est, Præturem ex jurejurando accommoda se

(8) Interdum etiam reo, cui actor detulit, actio est, ut in specie *L.* 11. §. 1. *h. tit.* si conventus judicio reali juravit non solum rem actoris non esse, sed et suam esse. Mudæ. ad §. 11. *I. de act. n.* 6.

(9) Sive universales sive singulares. Quia transit res cum suo onere ac caussa. Beust. in *L.* 9. § *ultim. ac* 2. *LL. seqq. n.* 1. Et ut præstatio juramenti ab auctore prodest successori ut *C. præced. N.* 2. ita et delatio si ab adversario juratum, nocet. Extraneis autem, sit qui titulum non habent a deferente, non item *L.* 11. *pr. hoc tit.* Duaren. *h. tit. in Prior. Com. Cap.* 23. Hinc DD. juramentum præstitum super uno correlativo extendi ad aliud. Caroc. *Q.* 1. *Quæstionis* 16. *principalis n.* 8. Obi. At jusjurandum non debet proficere ei contra quem juratum est. Argum. *L.* 16. *de exc. rei jud. junct. L.* 8. verbis *ad similitud. C. hoc tit. et similib.* Resp. Duaren. in *Post. Com. h. tit. Cap.* 6. Natura hujus actus exigit ut adversario quoque detur actio. Quia prætor tuetur jusjurandum, et habet pro veritate, tanquam verum sit id, de quo juratum est. Atqui si ex. gr. verum est, jurantem emisse rem centum aureis: pretium hoc venditori solvi debere consequitur. Neque hic agitur actione ordinaria jurejurando adversarii probationem solum suppeditante, ut censet Ilico Ummius *Disp. process.* 14. *n.* 31. *sub fin.* Sed immo huic actioni caussa ex jurejurando. Faque non directa sed utilis *d. L.* 13. §. 5. Ex ea quidem ipsa caussa, super quam juratum est, verum ita, quomodo et ipse jurans ex eadem agit: ex. gr. uti ille ex empto utilem habet, ita hic ex vendito. Non obstat quod jurans alteri actionem acquirere nec voluit, nec potuit ceu extraneus. Nam. resp. facilis ex iis quæ hic Donell. et ex *d. L.* 13. §. 5. *in fin.*

actionem ei, qui postulante adversario juravit, sed etiam quod hæc actio auctoritate tantum respondentium, et ratione æquitatis defenditur: idque ut in re dubia in d. L. si duo, §. si quis. et §. Marcellus. Quod non fit, nisi ubi verba edicti deficiunt. Sed sententia prætoris manifesta est, id agentis, ut jusjurandum juranti servetur, quasi verum jurasset. L. 5. L. nam postea, §. 1. hic. Hæc sententia et ad deferentem pertinet. Nam si actor vere juravit se a reo emisse, verum est reum illi vendidisse. Idemque de supra scriptis caussis similibus dicendum est. Nec dicet actor se sibi jurasse; non adversario. Non enim potuit in rebus natura sub conjunctis jurare sibi, quin juraret adversario. Præterea vult jusjurandum sibi adversus deferentem servari. Æquum est et adversus eum servari inter easdem personas: ut quod in alterius persona æquum esse credidit, id in sua quoque persona valere patiatur ex alia parte edicti. L. 1. supr. quod quis jur. Quid ergo, si ipse ex jurejurando nollet agere, an adversario jurejurando uti permittendum est? Puto non minus actionem ultro adversario dandam. Intellectum est enim inesse in hoc jurejurando non tantum religionem, sed etiam conventionem, ubi easque res jusjurandum inter litigatores servari placet. L. sed et si servus, L. qui jurasse, §. ult. hic. Hæc (10) conventio cum pariter ad deferentem pertineat; quemadmodum ei nocet, sic et ubi conventio id

7 dat, prodesse debet. † Actio ex jurejurando, quæ, quibus detur, et adversus quos dictum est. Videndum, quod quarto loco sequebatur, quandiu detur. Quod propter actiones temporales quærendum est, de quibus jusjurandum interponitur. Quid enim, si is qui mihi temporaria actione tenebatur, detulerit, ut jurem ex ea caussa mihi dari oportere: puta is cui redhibere poteram equum vitiosum, aut eum quo agere poteram, quanto minoris empturus essem, egoque juraverim? Etsi verum est, quod supra ostendimus, jurejurando contrahi, atque hinc nasci actionem ex contractu, ut verum est: L. qui jurasse, in fin. hic. L. 5. §. si filiusfamilias, infr. de pec. res est absoluta. Certi enim juris est actiones ex contractu, nisi quid nominatim intra certum tempus propositæ sint, quia rei persecutionem continent, esse perpetuas. L. in honorariis, infr. de obl. et act. §. sequens. Inst. de act. Ex quo efficitur et hanc quæ ex jurejurando est, quacunque de re et actione juratum sit, quia ex contractu nascitur, esse perpetuam. Hoc et traditum est in L. nam postea, §. si is qui. hic: sed alia ratione. Ait enim Ulpianus, si ex temporaria actione juravero mihi dari oportere; reum qui detulit, tempore ei actioni præstituto ideo non liberari, quia post litem cum eo contestatam, perpetuatur adversus eum obligatio: innuens id, quod pro confesso sumit, et verum est, jusjurandum vim habere judicii et litis contestatæ. d. L. qui jurasse, in fin. hic. L. sed etsi restituatur, §. ex quibus, supr. de jud. Unde recte colligit, si judicio accipiendo perpetuatur obligatio, etiam jurejurando dato perpetuari. Vera est et recta Ulpiani ratio: sed prior illa certior, et ad totam hanc quæstionem explicandam aptior. Nam et posterior hæc ex illa certior, et ad totam hanc quæstionem explicandam aptior. Nam et posterior hæc ex illa priore pendet, et ab illa certitudinem confirmationis accipit. Cur enim perpetuatur obligatio lite contestata? nempe quia judicio contrahitur: obligationes autem ex contractu perpetuæ. L. 3. §. idem scribit. infr. de pec. Cur jusjurandum item litis contestatæ instar est? hac ipsa de caussa, quod et jurejurando contrahitur similiter. d. L. 5. §. si filiusfamilias, de pec. unde et hinc actio nascitur ad similitudinem judicati. L. actori, C. hoc tit. Summa ergo hujus perpetuitatis ratio, ad quam semper referri oportet, in eo est, quod et judicio et jurejurando contrahitur: unde et actio in personam ex contractu, quam ex regulis juris perpetuam esse necesse est. Hanc rationem hic adhiberi cum ad confirmationem et certitudinem superioris sententiæ utile est; tum ad dubitationes duas expediendas, quæ hic incidunt, præcipue expedit. Quæsitum est enim, an etsi extra judicium de actione temporaria actor juraverit, incipiat hinc quoque reus perpetuo teneri non minus, quam si re in judicium deducta jurarit auctore judice. Et quidam putant judiciali tantum jurejurando hoc tribuendum esse; extra judiciali non item. Fortasse ideo, quia absurdum sit, jusjurandum hoc pro lite contestata cedere, ubi nemo judex fuerit, apud quem posset lis contestari. Sed superiore ratione constituta, omnis

(10) Vid. Seraphin. Priv. juram. 51. Caroc. Q. 22. principali n. 2. et 3. Cautelam tradens ut ad hunc effectum in instrumenti fine apponatur delatio juramenti, ac referatur, quod debitor detulerit creditori jusjurandum isque sibi deberi juraverit. Hanc juramenti firmando conventioni adjecti hanc vim non esse monet. Conciol. Resol. 9. n. 7.

ciat exonerare petitorem probandi necessitate: cum omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat. Optima ratio: dum recte intelligatur. Significat autem non esse æquum, ut ex jurejurando agendo, plura commoda consequatur petitor, quam si directa actione uteretur. Porro legis Aquiliæ actione si experiatur: habet quidem hoc commodum, quod duplum consequitur: sed unum hoc commodum; nullum præterea. Nam pro eo oneratur necessitate probandi. At ex jurejurando agendo hac necessitate exoneratur, dum jusjurandum ita habetur, quasi satis probatum esset. Sit ergo hoc commodo exonerationis contentus, ac simplum tantum hac actione persequatur: ne si etiam duplum petere cœperit, duo commoda auferat, cum sit unum tantum in directa actione. Quod si malit onus probandi in se recipere, ut consequatur duplum: liberum ei est, nec quominus id faciat, superiore sententia impeditur. Cum, inquit, omissa hac parte edicti, sit ei integra dupli actio ex lege Aquilia. Neque enim jurejurando vetus actio, si qua competiit, sublata est, sed potius jurejurando confirmata. Altera ratio est: hæc potest dici, inquit, hoc judicio non principalem caussam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Non minus hac ratione efficitur, quod vult, siquidem et ipsa recte percipiatur. Habet autem hanc sententiam: cum actione in factum ex jurejurando agitur, non aliud agi, quam ut jusjurandum conservetur. Proinde non debere hoc judicio plus peti, quam quod in jusjurandum deductum est. Et vero plus peti est absordum. Nam nec judicio prius consequi possomus, quam in judicium deductum erit, *L. ut fundus, supr. com. divid.* Cum autem jurat quis sibi ad decem damnum datum esse, non amplius complectitur jurejurando, quam decem. Ea propter nec amplius ex jurejurando consequi debet. At enim si principali actione legis Aquiliæ ageret, consequeretur duplum. Respondet Paulus hoc judicio non principalem caussam exerceri, sed josjurandum conservari: innoens, cum de jurejurando agatur, non quid in caussa principali fieret, esse spectandum, sed quid in actione de jurejurando. Quid est igitur quod vero dicitur jusjurandum judicii vim habere, tantumque nos ex jurejurando debere consequi, quantum si secundum nos pronuntiatum esset? Id sic accipi debet: dum cætera sint paria, idest, dum tantum deducatur in jusjurandum, quantum de ea re agendo in judicium deduceretur. Quod contra fit, cum incidit ea actio, quæ infitiando crescit, de qua nunc agitur. Nam qui exempli gratia, damni ex lege Aquilia judicio experitur, etiam duplum in judicium deducit: cum hac actione in duplum agatur adversus infitiantem. *d. L. inde, §. hæc actio, supr. ad leg. Aquil.* Qui autem jusjurandum defert de damno dato, non ultra defert, quam ut juret actor, quantum damni datum sit: eoque nec ille ultra ex conditione delata jurat. Proinde nec ultra simplum ex jurejurando potest persequi. Ut autem actione in factum ex jurejurando tantum consequi possumus, quantum haberemus, si directa actione actum, et secundum nos pronuntiatum esset: ita nihil consequimur amplius. Sed qua conditione et jure res habetur, de qua juratum est, eadem (13) conditione et jure præstabitur, quasi et de eo judicatum esset. Juravit quis usumfructum ad cujus rei suum esse, vel sibi dari oportere quatenus duraret actio, si vere usumfructum haberet, eatenus et ei competet: quibus vero casibus amitteretur, non competet. *L. sed si possessori, §. item si, hic.* Juravit usumfructum pecuniæ sibi legatum: poterit ex eo jurejurando petere usumfructum; sed obligata cautione *d. L. nam, si §. item,* ut fieret videlicet, si vere legatus esset, aut judicio legatum esse constaret. *L. 1, 2, 4. L. si vini, supr. de us. ear. rer. quæ us. con.* Juravit se creditori ob decem quæ ei debebat, dedisse fundum pignori. Repetet quidem fundum, ut si pignori dedisset; sed non alias, quam si decem solverit, quasi et de eo judicatum esset, decem deberi creditori, et fundum ob hæc decem teneri. *L. si duo, §. Marcellus, hic.* ✝ Illud hoc loco meminisse oportebit, 11

principali n. 2. Borch. *h. t. C.* 5. *n.* 18. Potest autem hic omitti actio ex jurejurando et ipsa: Atque experiri actor, ut suscepta et expedita probatione pœnam inficiationis consequatur *d. L.* 30. *pr.* verbis *cum omissa*, etc. Caroc. *d. loc. n.* 4. Quod explicat Borch. *d. C.* 5. *n.* 19. Unde Vulteii opinio, quod jurejurando creditoris prior obligatio exstinguatur ut *supr. N.* 4. convellitur.

(13) *L.* 30. §. *ul. h. t.* Et ita exceptiones quæ veniunt ex natura contractus de quo juratum est, non tolluntur per juramentum, veluti exceptio pretii non soluti, item quæ contra solidi petitionem, ut teneatur, quantum facere potest. Vid. Caroc. *Q.* 4. *quæstionis* 9. *principalis n.* 11. *et seqq.* Duar. in *Prior. Com, h. t. C.* 24.

sic nos effectum judicati tribuere jurejurando, quatenus id agitur, ut ex utroque aliquid consequamur, quod ad nos redeat ejusque rei acquiramus persecutionem. Sic enim traditur, posteaquam juratum est, id nos consequi debere, quod haberemus, si secundum nos de ea re pronuntiatum esset. *L. sed si possessori*, §. *ult. hic.* Et hactenus recte hæc comparantur, jusjurandum, et res judicata. Quod si extra emolumentum et persecutionem nostram aliquid sententia continet, (14) id non item jurijurando tribuitur: quale est, si quid pertineat ad condemnati pœnam, ut infamia. Hæc multis in caussis sententia interrogatur damnato: at non item ei, adversus quem iisdem de rebus juratum est. Exempli gratia, notatur infamia, qui me agente furti damnatus est. *L.* 1. *supr. de his qui not. inf.* Eodem deferente, si juraverim, eum mihi furtum fecisse, non notabitur: quia nominatim edicto notatur, qui furti damnatus est. Verum est autem non esse damnatum eum, adversus quem nulla est sententia judicis. *L.* 1. *infr. de re jud.* Denique dicitur in hujusmodi caussis sententia factum notare. *L. palam*, §. *pen. infr. de ril. nupt. L. infamem. infr. de pub. jud.* Sane si famoso judicio instituto, juraverim, deferente reo, et post jusjurandum is damnetur: famosum fieri placet. *L. nam postea*, §. *si damnetur, hic.* Sed ut prius damnetur ex famoso judicio exigimus. Cur ergo ex jurejurando non obtinetur, ut reus fiat infamis, uti et cætera judicati juranti tribuuntur? Quia ut reus fiat infamis, nihil inde privatim ad nos redit. In jurejurando autem servando, nihil aliud spectatur, nisi ut conventio et transactio, quæ in eo inest, servetur. *L. sed etsi servus. L. qui jurasse*, §. *ult. hic.* unde solum actio actori, et exceptio reo edicto proposita est. *L. nam postea*, §. 1. *hic.* Sententiæ, præterquam quod suum privatis tribuunt, valent etiam ad delicta hominum coercenda. In hisque servandis publica utilitas versatur. *L. locatio*, §. *quod illicite. infr. de publican. L. servo*, §. *cum prætor. infr. ad Treb.* † Certitudo actionis (15) ex jureju- 12
rando eadem, quæ et judicati. Ut enim post rem judicatam nihil quæritur, nisi an judicatum sit, idque pro omni probatione est, unde et condemnato nihil restat ex edicto, nisi ut pecuniam solvat: *L. post rem. L.* 4. §. *ait. supr. de re jud.* ita jurejurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem, actor autem actionem; quarum in utraque hoc solum quæritur, an alteruter juraverit, vel cum jurare paratus esset, remissum sit ei jusjurandum. Et in summa post rem (16) jurejurando decisam similiter non aliud quæritur, quam an juratum sit: remissa quæstione, an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando. *L. nam postea*, §. 1. *L.* 5. §. *dato, hic. d. L. post rem. de re jud.* §. *item si quis postulante. Inst. de act.* Quæ res facit, ut ei, cum quo ex jurejurando in factum agitur, id solum relinquatur, quod judicato: nempe ut quod si vere juratum esset, deberet, id præstet. Hac lege tamen, ut

(14) Atqui post jusjurandum actio prior superest ut *sup. N.* 4. Ac certe *d.* §. 2. accipi aliter nequit, quam ubi in famoso judicio ideo damnatur, quod contra eum juratum est. Aune igitur ut Don. *infr. C.* 10. *sub fin.* differentia hic inter jusjurandum conventionale, ex quo si postea agatur, non infamis; et delatum in judicio. Verius puto quod infamis non fiat, lite sine condemnatione omni decisa. Duar. in *Post. Com. h. t. C.* 6. *et* Borch. *C.* 5. *n.* 2n. licet et hic contra Caroc. *Q.* 21. *principali.*

(15) Quapropter ubi juratum esse constabat, Prætor actionem non dabat. Hot. *ad* §. *item si* 11. *I. de act.* sed ipse reum condemnabat, cum litis contestatio nulla fiat confitendo. Et ita Beust *in L.* 9. §. *ult. et* 2. *LL. seqq. n.* 1. præter in factum et veterem actionem dari hic tertium remedium officium, judicis, pro ex sequendo sententia. Quod remedium tutius, cum non requirat novum judicium ac Processum. Atque hoc est quod vulgo; Juramentum habere exsecutionem paratam, de quo vide Caroc. *Q.* 20. *principali.* Roder. Suarez. *in Lectura L. post rem* 56. *de re jud. Notabili* 2. *Parlador.* 2 *Rer. Quotid.* §. *fin. P.* 1. §. 3. Pac. 3. *Enant. Q.* 80. Gilken. *in L.* 8. *C. h. t. n.* 11. Gutierez *de Juram. confirm. P.* 1. *C.* 62. Jacob. Schult. *Obs. Forensi* 3. *n.* 118. Coler. *de Process. exsecut. P.* 3. *Cap.* 2. *n.* 12. ubi, post alios quos refert, juramentum etiam extrajudiciale redactum in scriptis, et liquidæ probationis, modo ad delationem rei præstitum sit. (confer. *Not. supr. C.* 9. *N.* 4. *in fin.*) mereri paratam exsecutionem non minus ac sententiam (etsi quoad hoc dissentit Suarez *d. Notab.* 2. *n.* 8.) ac post Curtium testatur de communi. Quo et proclivior est Gilken. *d. loc.* quia *d. L.* 56. indistincte concepta, sententiam tamen condemnatoriam, ast omissa alia inquisitione ac solemnitate, requiri statuit.

(16) Caroc. *Q.* 1. *Quæstionis* 20. *principalis* Rod. Suar. *d. notab.* 2. *n.* 2. Ubi *n.* 3. uti sententia secunda non tenet contra primam, quia illa inducit notorium, ita nec, quæ contra jusjurandum tenere. Contra statuit Caroc. *Q.* 1. *Quæstionis* 12. *principalis.*

si tempus ad solvendum petet, ei idem dari debeat, quod reis post condemnationem indultum est. Idem enim fieret, etsi quis edita sibi actione fateretur se debere, et tempus peteret ad pecuniam solvendam. *L. si debitori, supr. de jud.*

CAP. IX.

Jusjurandum nullo prætextu retractari posse, præterquam tribus in caussis. Tum de variis effectibus jurisjurandi.

SUMMARIA.

1. *Jusjurandum retractari posse, si specialiter hoc lege excipiatur, idest, conventione delati jurisjurandi et exposita.* L. 1. C. eod.
2. *Posterius jusjurandum servandum facit, si est contrarium, ut prius non servetur.*
3. *Retractari jusjurandum posse ex caussa legati.*
4. *Jusjurandum non est transactio. et quid fit quod dicitur continere speciem transactionis.*
5. *Jusjurandum ratum esse, quisquis juraverit etiamsi servus aut pupillus.*
6. *Quocunque de re. quacunque in caussa juratum sit, ratum.*
7. *Nec perjurii prætextu jusjurandum retractari posse.*
8. *Perjuri pœna: et* L. 2. C. eod. *exp'icata.*
9. *Jurisjurandi effectus varii expositi.*
10. §. *Julianus.* L. si duo. hic, *explicatus.*

Postquam quibus modis servetur jusjurandum ex edicto, tenemus: reliquum est, ut sicut erat propositum, cognoscamus, quod ad omnem vim jurisjurandi in commune pertineat, an his modis servetur sine exceptione: idest, an ita ratum sit jusjurandum extra judicium interpositum, ut nullo modo possit infirmari, aut retractari: tum qualia sint ea, quæ præter ea quæ diximus, de vi jurisjurandi hoc titulo tradita legimus. Et cum certæ sint conditiones edicto comprehensæ, sub quibus prætor exceptionem aut actionem pollicetur: apparet, dum hæ concurrant, jusjurandum sine alia conditione aut exceptione a prætore servari. Quod confirmans Ulpianus de sententia edicti in universum ita definit. in *L.* 5. *hic.* omne omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis (intellige. qui jure velle potuit) sibi jurari, idoneum esse, et si ex eo fuerit juratum, esse servandum. Cui consequens est, quod de retractione quærimus, quodque alibi traditum est apertius, ut caussa jurejurando decisa (1) non possit retractari, *L.* 1. *C. eod. L. admonendi in fin. hic.* Sed tamen neque hoc perpetuum est, et multæ caussæ incidunt, propter quas videatur retractari posse: ut vel utroque hoc nomine nobis superior constitutio separatim fuerit attingenda. Jusjurandum non semper ratum est, sed et id quandoque licet retractare. Ut liceat, tria faciunt: alias conventio et lex jurisjurandi delati; alias posterius jusjurandum inter easdem personas de eadem re

(1) Qua de re tractant. Duar. *in Prior. Comm. hoc tit. Cap.* 27. Caroc. de *Juram. lit. Decis. Quæst.* 2. 3. *et* 4. *Quæstionis* 9. *principalis et Quæst.* 10. *principali* Coras. in *dict. L. admonendi* 31. *P.* 1. *n.* 45. *et seqq.* Beust. *ibid. n.* 124. *ac seqq.* Tiraq. de *Retr. lignag.* §. 4. *gl.* 1. Reusner. *Lib.* 3. *Decis.* 1. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 5. Convenit *Nov. Elect. Sax.* 15. *P.* 1. ubi Moller. Quare nec ei qui detulit, appellatio a sententia juxta juramentum pronunciata *L.* 12. §. 3. *C. h. t.* ubi ratio. Quod item et in referente obtinet, Nam et is defert. Vid. *supr. Civil. Commentar. C.* 3. *N.* 5. Atque ita jus in jurejurando ab adversario delato. Aliud in necessario, ut *infr. Cap.* 11. *N.* 28. Aliud in delato auctoritate legis statuti, caventis forte ut in caussis damni dati stetur juramento damnum passi. Hic enim recipitur probatio contraria Tiraq. de *Retr. lignag.* §. 4. *gl.* 1. *n.* 1. *et seqq.* Caroc. *Q.* 4. *Quæstionis* 9. *principalis n.* 9. *et* 10. *et Decis.* 12. Seraphin. *Priv. Juram.* 102. *n.* 15. *et seqq.* Caussa jurejurando antea decisa si ex rescripto principis alteri commissa, rejici exceptionem jurisjurandi ac cognosci de veritate, ut commissio aliquid operetur, ex Alc. *Cons.* 301. refert Menoch. 1. *Arbitr. Q.* 50. *n.* 4. qui hujus decisionem inde pendere recte censet, an principi tollere jus quæsitum liceat.

interpositum; interdum et caussa, de qua
1 juratum est. † Conventio (2) delati jurisjurandi id præstat, cum hac lege jusjurandum delatum est, ut si pareret jurantem pejerasse retractandi jurisjurandi potestas esset. Sic interpretor *L. 1. C. eod.* ubi cum dictum esset caussam jurejurando decisam nec perjurii prætextu retractari posse, additur hæc exceptio, *nisi specialiter hoc lege excipiatur.* Hic magno consensu legem interpretantur omnes constitutionem; ut sit sensus, non retractari jusjurandum, nisi hoc excipiatur specialiter aliqua constitutione. Quod defendi in eo rescripto non potest, sive constitutionem ejusmodi aliquam præsentem intelligas, sive futuram. Id enim est Antonini Imperatoris. *Legem* præsentem sine dubio non intelligit. Primum quia ejus temporibus nulla lex fuit, quæ concederet jusjurandum retractare, ut paulo post ostendemus, apparetque ex *L. admonendi. in fi. hic.* Deinde quia si esset aliqua ejusmodi, dicere debuit esse aliquam, et simul quænam esset, et qua de re, exprimere. De his enim quærebat consultor, atque in his de jure suo certus dimitti postulabat Quare et de his respondere debuit Antoninus: quod ni faceret, nibil plane ad quæstionem responderet. Atqui de his nihil respondet. si dicit jusjurandum retractari non posse, nisi constitutione aliqua excipiatur, ut liceat. Hac enim conditione non affirmat esse aliquam; cum conditio nihil ponat. *L. si quis sub. infr. si quis omis. cau. test.* Tantum significat, si sit aliqua, secundum eam jusjurandum posse retractari. At de eo nec quærebatur, nec quisquam etiam dubitabat. Certi enim juris est, ut jusjurandum servatur legibus: sic et legibus contrariis effici posse, ne servetur *L. de quibus. in fi. supr. de legib.* Ita fieret ex hac interpretatione bis stultum rescriptum: et quod omitteret id, de quo consultatio erat; et quod de aliis respondens, hoc amplius rem minime dubiam diceret. Legem autem futuram multo minus intelligit Antoninus. Etsi enim potuit post ejus illud rescriptum aliqua constitutio incidere; tamen id futurum esse divinare non potuit. Atque ut posset, quid ad rem pertineret de lege futura respondere? Quærebat enim consultor sine dubio de jure suo præsente; quid autem postea futurum esset, neque quærebat, neque etiam laborabat, quia ejus nihil interesset. Quin etiam quæri stultum putaret. quod intelligeret explicari non posse. Restat igitur id, quod est in significatione verbi proximum, ut legem accipiamus hoc loco pactum et conventionem delati jurisjurandi: quomodo legis verbum, item verba illa, *in lege,* a veteribus usurpari solent. *L. in lege. l. fistulas, infr. de contr. empt. L. legem. C. de pact.* et innumeris locis similibus. Ut sit sententia: caussa jurejurando decisam nec perjurii prætextu retractari posse: nisi hoc, nempe ut retractare liceat, specialiter et nominatim excipiatur *lege,* Id est, pacto et conventione jurisjurandi delati: id est, nisi delatum sit jusjurandum hac conventione, ut si postea probaretur adversarium pejerasse, liceret caussam retractare. Si quæritur, quam recte hoc excipiatur, in promptu est. Nam et jusjurandum, et hujus retractatio est de re privata: ac de re privata quodcunque pactum ad defensionem juris nostri interpositum ex alia parte edicti servandum est. *L. juris, §. sed cum nulla, §. ait, §. si paciscar, supr. de pact.* neque hoc quidquam æquius, cum id agatur, ut fides servetur. *L. 1. eod.* Sed an non adversetur exceptio huic edicto, dubitari potest. Generaliter enim prætor, et sine exceptione, si conditione delata juratum sit, reo exceptionem, actori actionem pollicetur. Et est omnino contra verba hæc (3) exceptio; alioqui ne exceptio quidem esset. Sed est ex prætoris et edicti sententia: ut proinde videri debeat etiam ex edicto. *L. nominis. §. 1. infr. de verb. sig.* Vult enim prætor servari jusjurandum. At quamobrem? Propter religionem quidem; sed maxime propter conventionem et transactionem: proficisciturque omnino ex conventione, ut veteres tradiderunt. *L. 2. L. sed. etsi servus.*

(2) Eodem modo Donell. ad *d. L. 1. C. hoc tit. n. 18. et seq. et ad §. 11. I. de act. n. 4.* Cui convenit Seraphin. *Privil. Juram.* 102. *n.* 27. Et faciunt huc quæ tradunt. Rainal. Cors. 1. *Indagat.* 9. *et* Fortun. Garcia ad *L. 7. §. quinimo* 5. *D. de pact. n.* 31. *p. m.* 590. Delrio ad *L. contractus* 23. *de R. I. Cap.* 19. *toto* ubi cur et quomodo conventiones leges dicantur. Atque ita vocula *lege* sumpta pro conventione jungitur excipiendi verbo in *L. 77. de contr. empt.* Forsan tamen verius extrema illa verba *d. L.* 1. non esse auctoris Antonini, sed a Triboniano adjecta, respiciente ad *L. ult. C. h. tit.* Cujac. 13. *Obs.* 35. *in fin.* Hot. 6. *Obs.* 26. Borch. de *Jurei. Cap.* 8. *n.* 50. ac Ant. Fab. 19. *Prag.* 5. *in fin.* Quomodo et Duar. in *Pact. Com. Cap.* 7. ac Caroc. *Q.* 2. *Quæstionis* 9. *principalis n.* 9. verba illa accipiunt.

(3) Et hic si se reus tueatur exceptione jurisjurandi. ea replicatione pacti. Don. ad *d. L.* 1. *n.* 20. *in fin.*

L. qui jurasse, §. ult. hic. nec temere tradiderunt. Apparet enim servari ex edicto propter conditionem delatam. Hæc cum defertur et ex conditione delata juratur ab adversario eo animo, ut per hoc a lite discedatur, habet ea res manifestam conventionem, et in conventione speciem transactionis. Est autem absurdum, et plane contra mentem prætoris, quod ipso auctore non nisi ex conventione valeat, id tueri contra conventionem. Sed si jam olim etiam temporibus Antonini recepta fuit hæc exceptio; an non male Ulpianus, qui vixit postea, definivit hoc modo sine exceptione, omne omnino licitum jusjurandum esse servandum? in *L. 5. hic.* Minime: addidit enim jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari: qua adjectione etiam superiorem conventionem excepit. Qui enim ita detulit jusjurandum, ut vellet id non servari, si postea de perjurio constaret, aperte per ejusmodi jusjurandum sibi jurari noluit. Nec minus hanc exceptionem admittunt illæ sententiæ veterum; quantumvis, ut videntur, generales: si jurejurando inter litigatores transactum sit negotium, non concedi eandem caussam retractare: *L. admonendi. in fi. hic.* Item, post rem jurejurando decisam nihil amplius quæri: *L. post rem, infr. de re jud.* Jurejurando enim hac lege delato, ut de perjurio quæri liceat, recte dicetur non esse omnino transactum negotium hoc jurejurando: non esse litem jurejurando plane decisam. †
2 Posterius jusjurandum inter eosdem interpositum facit, ut prius juranti non prosit, cum ambo litigatores de eadem re diversis temporibus, invicem altero deferente, contraria jurarunt. Finge reum extra judicium actore inferente jurasse se dare non oportere; deinde actorem, reo deferente, dari sibi oportere, vel contra. Placuit posteriorem caussam jurisjurandi potiorem habendam, *L. in duobus. §. ult. hic.* quo declaratur simul ei qui prius juravit, jusjurandum non servari. Hanc exceptionem necessitas peperit, et sententia edicti. Utrumque jusjurandum auctori suo servandum esset, si posset. Sed quoniam non potest simul servari utrumque, res cogit, ut aut neutrum servetur, aut servetur alterum dumtaxat. Neutrum servari est contra edictum. Alterum igitur servandum. Sed cur placet potius servari posterius? Quia et in pactis novissima servari placet, quoniam inter contrahentes, id actum est. *L. pacta novissima, C. de pact.* Jusjurandum autem inter litigatores valet et ipsum ex conventione. *L. qui jurasse, §. ult. hic.* Addit Paulus in *d. L. in duobus, §. ult.* nec tamen præjudicium perjurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oporteat, sed an actor juraverit. Occupatio est adversus tacitam objectionem hujusmodi. Diceret enim aliquis nec posterius jusjurandum hic servandum, quoniam jus vetat quæri de perjurio ejus, qui juravit: *L. quod si, supr. dol. L. post rem, infr. de re jud.* multo ergo magis et de perjurio judicari, idest, præjudicium fieri, quod juranti noceat. Non licet igitur hic quæri de perjurio ejus, qui prius juravit. Concedit Paulus: sed in proposito id metuendum esse negat, quamvis posterius jusjurandum servetur: quia id ita servatur, ut de jurejurando prioris nec quæratur, nec judicetur: sed quæratur solum, (4) an posterior juraverit. Solum hoc, inquam, an jurarit; non autem an jurarit vere an falso. Potuit autem ipse falso jurare, ut potius ipse pejeraret, quam prior. Sed enim Ulpianus generaliter ita definit, omni omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, esse servandum. *L. 5. in pr. hic.* quæ definitio facere videtur, ut priori quoque adversus posteriorem servandum sit. Sed definitio quantumvis generalis sic accipienda est, ut servandum sit volenti in eo perseverare. Recessit autem ab eo prior, qui adversario dedit, ut contrarium juraret. † Ex 3
caussa jusjurandum retractari potest in caussa legati et fideicommissi. Hanc enim ex omnibus excepit Justinianus in *L. ult. C. eod.* de qua ita constituit, ut si quis deferente herede juraverit sibi quid relictum esse testamento, quod latebat; ac probetur postea id relictum non esse, jus sit heredi quod dedit, repetere, contempto jurejurando, addita hac ratione, *ne legatario ex hujusmodi perjurio lucrum accedat*: et in extremo: *ne cui ex delicto impium sibi lucrum adferre concedatur.* Atqui ex ceteris caussis non minus ex delicto et perjurio iniquum lucrum facit, qui pejerat, si de perjurio ejus queri non licet. Ideo (5) certior hujus diffe-

(4) Non posterioris caussa potior quod vere, sed quod posterius juraverit, Duar. in *Prior. Comm. h. t. C.* 22. Et alias quoque secunda dispositio jurata prævalet priori æque juratæ, nisi prius juramentum principaliter præstitum in favorem alterius. Joan. Gutierrez. de *Juram. confirmator. P.* 1. *C. ult. n.* 3.

(5) Sic Duar. in *Prior. Comm ad h. t. C.* 27. ac Sich. ad *d. L. ult. n.* 2. Fachin. 1. *Con.* 23. *in fin.* Borch. *C.* 1. *n.* 31. Et im-

rentiæ ratio vulgo quæsita est, et hæc redditur, quod jusjurandum speciem transactionis contineat: *L. 2. hic.* De his autem controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, placeat transigi non posse nisi inspectis et cognitis verbis testamenti. *L. de his supr. de transact.* Sed si hæc ratio foret: nihil opus fuerat in jure certo Justiniani constitutione; quæ tamen una est ex decisionibus Justiniani edita cum reliquis ad jus novum inducendum, vel dubium confirmandum. † Et
4 certe jusjurandum ut distinguitur nomine et titulis a transatione: sic re vera transactio non est. Transactione enim de lite deciditur, idest, ita disceditur a lite, ut neque actor totum remittat, quod petit, neque etiam totum accipiat. *L. transactio nullo dato, C. de trans.* At jurejurando sic lis decidilur, ut si actor jurat, totum accipiat, quod petit, si reus, totum ei remittatur. Unde in *d. L. 2. hic*, non dicitur (6) jusjurandum species esse transactionis, sed transactionis speciem continere, idest, simillitudinem et instar transactionis in se habere; quia scilicet consensu a lite disceditur in jurejurando similiter, ut in transactione: et hactenus jusjurandum transactioni simile est, ac transactionis vim habet. Non est necesse (7) aliam rationem quærere, si

pugnationem Donelli impugnat Gilken. ad *d. L. ult. n.* 3. quia sæpe ad tollendam dubitationem ex re non probe percepta ortam, novæ constitutiones latæ *L. ult. C. de ind vid. toll.* Nec immerito hic Justinianus definivit an par jurisjurandi in proposito atque transactionis jus sit. Verum et istam rationem rect. refellit A. Fab. 10. *Err. Prag.* 5. quia *d. L. ult.* non negat quin jusjurandum super legato initio valeat, priusquam de perjurio constat. Transactio autem plane non tenet.

(6) Ita D[illegible]. ad *tit. D. de Rec. Arb. f.* 149. *col.* 2. sicut Cicero dicit, speciem regulæ habet ac Cattellia. Cotta in *Memorab. v. Juramentum.* Foreat. *Dial.* 46. *n.* 3. Licet si transactio latius accipiatur *d. L.* 2. pro decisione ac terminatione, controversiæ, species proprie accipi possit, ut notavi *supr. Civil. Commentar. Lib.* 17. *Cap. ult. N.* 10.

(7) Ita et Donel. *ad d. L. ultim. n.* 4. Ac jus hic singulare cum eo agnoscunt Duar. *in Prior. Comm. h. titul. Cap.* 27. *et in Poster. Cap.* 7. *fol.* 871. Bronch. 2. *Ax.* 26. Seraphin. *Privil. Jurament.* 102. *n.* 10. (ubi *n.* 12. *et seq.* nec si evidenter ac manifeste pejeratum constet, rem decisam retractari) et DD. Comm. Contra tamen Gilken. *ad d. L. ult. n.* 4. qui evidentiam rei quæ oculis obversetur, et monumentorum horum incorruptam fidem caussam decisioni huic dedisse, non autem favorem ultimorum elogiorum, cum quisque juri suo recte renunciet *L. penult. Cod. de pact.* Et Caroc. *Q.* 2. *Quæstionis* 9. *principalis n.* 9. idem in similibus obtinere, cum per meram inspectionem evidentis scripturæ pejeratio liquido apparet. Quia ait, *d. L. ult.* non innititur favori testamenti, sed quia *manifestum esset factum.* Quare et alia caussa jurejurando decisa retractatur per scripturam authenticam, ut si jurasti tibi non debita, et contra patet ex chirographo. Convenit Ant. Fab. 19. *Error. Prag.* 5. qui ita: Nihil hic speciale, nec ratio in favore ultimarum voluntatum. Sed ratio Imp. generalis *d. L. ult.* Retractationi itaque locus, quoties ex sola instrumenti unius editione apertissime liquet de perjurio; Seu si tota perjurii probatio novorum instrumentorum fide concludatur. Ex gratia Petii 100. jurasti tibi non fuisse credita: Postea repertum chirographum. Perjurium evidens. Quod si jurasses te non debere, aliud foret. Quia Chirographum non probat te nunc debere, sed debuisse. Potest autem esse quod solveris. Quare hic spectanda Judici conceptio jurisjurandi, ut sciat an super tota caussa debiti juratum sit *L.* 13. §. 2. *et* 3. *L.* 28. §. 2. *et* §. 8. *L.* 36. *L.* 40. *h. tit.* Neque resistit comparatio transactionis ac rei judicatæ. Quia immo adhuc plus tribuitur jurijurando. Quivis enim dolus justa caussa rescindendæ transactionis. Hic autem non ob quemlibet dolum de perjurio quæri potest. Et adversus rem judicatam quoque restitutio ex caussa datur propter nova instrumenta non solum in negotio Relp. *L.* 35. *de re jud.* aut pupilli *L.* 3. *C. de jure Reip.* sed et inter privatos. Et sine instrumento si dolo circumventa judicantis religio *L.* 33. *de re jud. L. si prætor,* 75. *vers.* Marc. *notat de jud.* Ita Ant. Fab. volens nihil hic proprium jurijurando necessario esse. Cumque ei obsistat *L.* 31. *D. hoc tit.* eam *a vers. sed hæ const. usque ad finem,* Triboniano adsignat 1.° quia verba *videntur locum habere*; arguant, Constitutiones indistincte loqui, de caussa jurejurando decisa; proinde ad unam speciem necessarii juramenti non coangustandæ 2.° Quia Cajus non ita dubie scripsisset, *videntur* sed certiore juris scientia *locum habent* 3.° Quia verba, *cum a judice quis absolutus,* inepta si de jurejurando solum necessario Constitutiones locutæ; tum quia et post judiciale juramentum delatum jurans absolvitur; tum quia et actori deferri potest necessarium. 4.° *Vers. quod si alias,* non exprimit de quo jurejurando sentiat. Nam in judiciali, etsi pariter transactum dicatur, non tamen inter litigantes, sed auctoritate judicis. 5.° Quia *retractare caussam,* inelegans locutio, Cajus dixisset, *ex integro agere.* Ita Faber retricata quasi in pluribus Christophori Castellionei doctrina quam refert; et ab omnibus improbari memorat Curas. *jud. L. admonendi P.* 2. *n.* 11. ipseque haud multum ab ea

quæ a Justiniano reddita est, sufficit. Et vero aliam quærendo, hoc ipso maxime declaramus, non sufficere, nec esse idoneam: quod secus est, si recte expendantur. Non enim

alludens. Ast scire equidem vellm qua re quave ratione impulsum Tribonianum tantum verborum adfuisse in *d. L.* 31. putet Faber. An non si Constitutiones Principum generales fuissent, quasque ipse de necessario solum juramento intellectas vel ad id restrictas voluit, id alio modo efficere licuisset, nova constitutione promulgata Principis sui nomine. Quam vero insectandi studio in præceps fuit Faber 1.° v. *videntur*, modestiæ est. Vid. Gœd. *ad L.* 12. *de V. S. n.* 8. *in fin.* Borch. *h. t. C.* 8. *n.* 58. eoque usitatissimum Consultis *locis infinitis ferme.* 2.° Constitutiones de necessario solum jurejurando locutæ. Ast hoc dubium erat, anne ad alias species protrahendæ, anne in iisdem eadem ratio. 3.° Absolutionem exempli caussa ponit, Cajus, quia crebrius est hoc jusjurandum reo deferri ut *infr. C.* 11. *N.* 22. 4.° Planumque est *d. vers. quod si alias*, ad jusjurandum quoque judiciale pertinere, tum quia in eo oppositio jurisjurandi exacti a judice et quo transigitur, tum quia in judiciali ipsæ vere partes transigere videntur, ut probat *L.* 11. *de dolo* num nulla deferendi necessitas sit. etc. 5.° Denique *retractare* cur vox illatina, cum ipse Cic. 13. *Epist. ad Attic. Ep.* 25. retractationem dixerit. Et ita in *L.* 1. §. 2. *Ne de statu* defunct. *status non rectractandus.* Ac *retractare sententiam* Imp. Gordian, Ictis fere coævus dixit *L.* 1. *C. Sent. rescindi* ac Imp. Alexand. *retractare contractum L.* 4. *Cod. de usurap. pro empt.* Sed et in ipsa principali opinatione Fabri non levia incommoda. Neque ille vim argumentationis a sententia et transactione ductæ recte diluit, aptevo retorquet. Generale enim et regulare est, quod neque sententia neque transactio per nova instrumenta retractetur, etsi exinde injustam sententiam esse, vel inique transactum appareat. Et quod de republ. et pupillo statutum est *supr. dd. LL.* eo ipso constat jus singulare esse. Quorsum enim illis speciatim tribueretur, si in aliis idem jus esset. Quod vero sententia ex falsa caussa, falsis instrumentis vel allegationibus lata, rescissioni obnoxia *d. L.* 33. *d. L.* 75. Id huc haud rite, sed perperam applicatur. Quippe hoc largiendum et ex falso jurejurando latam sententiam rescindi, quoties scilicet justa aliqueua judicatum, quia et quasi juraverit, queın postea apparet nec jurasse unquam. Sic enim solum, non aliter vera est collatio. Falsa caussa, instrumentum, allegatio, non est caussa, etc. *L.* 221. *de V. S.* Jusjurandum quo sciens fallit, et pejerat, non minus est jusjurandum. Siquidem nec de substantia sacramenti est veritas assertionis, sed obtestatio divina. Etsi pejerans non verum jurat, non minus tamen jurat, quia licet falsum sit, de quo juravit, tamen verum est, eum jurasse. neque de facto solum, sed et si jus spectamus quod hoc jusjurandum tuetur *L.* 5. §. 2. *hoc tit. L.* 21. *de dolo.* Nec pejeratio conainne dicetur *falsum jusjurandum* ita ut falsus tutor, falsum instrumentum. Nam quod falsum est, perinde habetur ac si non sit, nullumque penitus juramenti habet effectum. Contra falsum jusjurandum, et rectius diei aliquando poterit, etsi verum sit id de quo juratum est, ut si improbatæ religionis *L.* 5. §. *pen. h. t.* quod non ex conditione delata præstitum, ut per prace. capita. Sicuti et falsus tutor non minus, etsi utiliter forsan administret. Paucis. Verum esse potest jusjurandum (eo nempe modo ut exposui) etsi non verum sit id de quo juratum est; et contra falsum aut nullum jusjurandum, etsi verum sit id de quo juratum est. Sicuti in simili. Vera sententia, etsi contra jus partis lata, reum inique condemnet. Contra falsa sententia, quæ non rite et juxta ordinem judiciorum lata, etsi condemnationem habeat non iniquam. Enimvero et in his quæ *infr. N.* 10. et in his maxime *d. L.* 11. *de dolo*, opinionem Fabri penitus convellit. Dicitur enim aperte, si ex delatione juratum, *perjurio adprobato* indistincte, quocunque modo. *stari religioni debere.* Nec Labeo notatur illic, quod ad perjurium quaslibet probationes, etiam per testes reciperet, ut A. Fab. vult, sed quod omnino aliquam, cum nulla sit recipienda. Denique *d. L. ult. C. h. tit.* non ad facti speciem propositam rescripta, sed generalis ad præfectum prætorio. Valeat itaque hic ratio ea qua in simili utitur A. Fab. 7. *Cons.* 14. Quin quod in hac ipsa legati caussa *dubitatum* dicit Justinianus, inde manifesta falsitatis convincitur quod Faber contendit, constitutiones Principum *de quibus d. L.* 31. *D. h. t.* ad jusjurandum quoque judiciale et voluntarium pertinuisse. Nam si ita esset, non modo in legati, sed nec in alia caussa dubitari sine sacrilegii reatu potuisset *L.* 3. *C. de crim. sacr.* Cæterum in ipsa quoque legati caussa, necesse est ut ex ipsis tabulis de perjurio constet. Nec per testes id probari poterit. Quid enim si alio testamento sit relictum? quid si eum legatum id relinqueretur, non attenderint testes, aut id memoria non hæserit. Don. ad *d. L. ult. n.* 6. *et* Gilk. *n.* 5. Nam et testibus hinc inde conquisitis, pretiove conductis, perjurii probationem comminisci, et probi fortassis viri religionem perstringere heres posset, ut hoc recte A. Fab. *d. Err.* 5. Plane si confessio jurantis decisionem sequuta, post alios Jason. in *L.* 13. *h. tit. n.* 7. eam ipsi obesse, ac prodesse adversario voluit, cen refert Moll. ad *Nov. Elect. Sax.* 15. *P.* 1. *n.* 5. (add. Caroc. *Q.* 5. 10. *Quæst. princ.*) Qui licet hoc apud nos vix admitti putet, si tamen in ea persistat, nec errorem aliudve alleget,

dicit Justinianus se improbare jusjurandum in hac specie, ne legatario lucrum ex perjurio accedat; quæ ratio ad cæteras quoque caussas, in quibus quis pejerasset, pertineret; sed ne accedat lucrum *ex hujusmodi perjurio*. Cujusmodi autem? nempe quo juratur adversus judiciom et voluntatem defuncti. Ex quo apparet Justinianum hic statuere, quod sit proprium hujus caussæ, nec ad alias possit referri: neque enim aliis in caussis qui jurant, judicium supremum defuncti ementiuntur. Cur autem hic potius jusjurandum improbetur, si quis amplius quærat, addenda erit ratio posterior, quæ rem magis explicat; ne, inquit, ex delicto impium lucrum sibi legatarius afferat. Non dixit, ne lucrum, sed ne impium lucrum; significans impium lucrum esse, quud hic proponitur, et ob id improbandum. Recte impium duabus de caussis: primum quia ex perjurio: deinde quia pium et humanum est, atque adeo Reipublicæ interest, supremas testantium voluntates servari. *L.* 1. *C. de sac. ecc.* *L. vel negare, infr. quem. test. ap.* adversus quæ fieri manifestum est, si quis tanquam ex suprema voluntate defuncti sibi defendat, quod ille datum minime voluit, improbo præsertim et perjurio. Ita in cæteris caussis jusjurandum servatur adversus deferentem, quia illius solom res agitur, potuit autem juris sui persecutionem deteriorem constituere, ut voluit. *L. partum, supr. de pact.* Hic nun servatur, quia magis defuncti ratio habetur, is autem non detulit.

His exceptis, manet jos edicto constitutom jurijurando standum esse, sive reus sive actor adversario deferente juraverit. Sed tamen quædam res afferunt dubitationem, ut quamvis nihil hic ob eas res mutetur: tamen ne quis putet mutari, et in eo labator, earum rerum dubitatiuni occorrendum sit, ut et a juris auctoribus diligenter factum videmus. Nascitur autem dubitatio aut ex persona jurantis, aut ex re, de qua juratur aut ex delicto et perjurio ipso jurantis. De persona deferentis ideo hic non quæritur, quia ante effectum est ex edicto, non aliter talum esse jusjurandum, quam si is detulerit, qui et deferre potuit. Neque vero omnes deferre possont, ut in deferentis persona multum intersit, quis deferat: de quo ante suo loco diximus. Nunc quærimus de his, quæ jure nihil obstent jurijurando: justa tamen aliqua de caussa videri possint obstare: cujusmodi sunt tria illa quæ proposuimus. ✝ Quæru igitur, nihil ne referat, quis 5 jurarit. Quid enim, si servus juravit se aut dominum non debere? Servi quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur. *L. quod attinet, infr. de reg. jur.* præterea jusjurandum instar judicii obtinet. *L. qui jurasse. §. ult. hic.* Cum servis autem judicium consistere non potest. *L. servus. C. de jud.* Quid, si mulieri jusjurandum delatum erit? Quid, si pupillo? Constat istos non æque rem intelligere, ut alios, nec ita posse liquido de re affirmare. Et traditum est nihil (8) referre, quis juraverit; servus, an liber; mas an fœmina; pupillus, an major annis. Sibi enim imputare debere, eum qui detulit: æqnum esse servari jusjurandum adversus eum, qui eo, cum deferret, contentus fuit.

ratio omnino facit ne a judice audiatur, quippe propriæ turpitudinis assertor. Pone; Jurasti, me deferente, te mihi nihil debere. Conventus producto chirographo tuo excipis. Fateor me debere, me injuste jurasse, quia tamen juravi, absolvi debeo. Quis æquus Judex de malitia tam aperte confessum absolvet? Alia longe ratio confessionis præcedentis ipso chirographo contentæ. Potest enim esse ut confictum id sit, ut simulate contractum sit, utve spe recipiendæ pecuniæ istud datum. Neque tamen quidquam tale probari a reo qui juravit, oportet, sed satis religione jurisjurandi se tuetur, quod pro veritate habetur, sicut et sententia. Ac licet alias ex chirographo probatio sumatur, tamen illa fortior habetur religio, et quæ inde præsumptio juris et de jure omni probatione contraria superior. Recteque hic dicet reus: juravi et certus sum me verum jurasse. Tu contra contendis, sed malitiose. Audiri non debes. Chirographo niteris. Sed id meum non esse, falsum confictum esse probari posset, si oporteret. Ast nunc eo confugere nihil attinet quia sine eo satis me jus, satis me jurisjurandi religio tuetur. Pejerasse me dicis. Calumnia hæc est. Probare vis. Molestiam mihi creare, judicium extrahere, famam inquinare præsumis. Improbus es, qui caussam fidei meæ et religioni antea commissam retractare Intendis. Si tibi suspecta fides mea, nec deferre jurandi conditionem debuisti.

(8) Et ita juramentum inhabilis personæ ratum hic propter consensum adversarii qui detulit. Duar. in *Comm. h. t. C.* 8 Borch. *C.* 4. *n.* 3. *et seqq.* Obi. *L.* 34. §. 2. *h.* t. Resp. Non defertur pupillo, scilicet invito. Quod si volens delatum susceperit et præstiterit, custodiri omnino debet *d. L.* 26. *pr.* Borch. *C.* 4. *n.* 5. (et ejus verbis transcriptor Setser. *L.* 4. *C.* 3. *n* 5.) Et hæc ita in juramento assertorio, cum de præjudicio deferentis quæritur. Secus si de efficacia contra alios, vel obligatione jurantis, in promissorio vel confirmatorio contractus quæratur, ubi furiosi prodigi et similium juramenta nihil agunt.

L. si servus. l. qui jurasse. hic. Nam quod dicitur, servos pro nullis haberi: non ad factum, sed ad jus quod inde jure civili tribuitur, referendum est. Servi quidquid agunt, gerunt, contrahunt, ratum est, ut pro facto habeatur. Sed cum ad jus et emolumentum ejus facti ventum est, nihil inde subsistit in persona servi, sed totum dominis acquiritur. *L. acquiruntur. infr. de acq. rer. dom.* Et hoc est, quod adjicitur in regula. *Quod ad jus civile attinet:* quod alibi sic explicatur, quod attinet ad juris civilis communionem, cum ita dicitur servos juris civilis communionem non habere. *L. qui testamento, §. servus, infr. qui test fac. poss.* juris civilis idest, eorum quæ jure civibus tribuuntur. Recte ergo jurat servus, ut pro jurato habeatur. quod juravit: Sed cum quæritur de jure et effectu jurisjurandi, ibi quasi dominus jurarit, non servus: ita hoc jus, idest, actio aut exceptio inde domino acquiritur. *d. L. si servus.* Non obstat. quod dicitur jusjurandum instar judicii habere. *d. L. qui jurasse, in fin.* Aliud est enim judicium esse, aliud instar judicii habere. Judicii instar est, quod ad vim attinet: quia judicii vim habet, atque adeo interdum majorem. quam res judicata. *L. 2. hic.* sed non ideo judicium est. Nam et transactio judicii et rei judicatæ auctoritatem habere dicitur. *L. non minorem, C. de trans.* neque [illegible] transactio est judicium. Et certe jusjurandum, quo res sine judice transigitur inter privatos, plus quam manifestum est, judicium non esse. Proinde res ipsa, idest, jusjurandum, cum quocunque interpositum sit, consistet, ideo et cum servo; quia non est judicium. Vis autem. et illud propter quod instar judicii est, non ad servum, sed ad dominum pertinebit. Papillo jusjurandum tuendum eum dicimus, pupillum accipere debemus. qui fari possit, ut existimetur intelligere. quod affirmat. Nam infans in omnibus negotiis gerendis a furioso nihil distat; quia pariter nihil intelligit. *§. pupillus, Inst. de inutil. stipul. L. in negotiis.* 6 *infr. de reg. jur.* ✝ De caussa etiam potest dubitari. Sunt enim quædam caussæ graves, ut quæ sunt de statu: quædam præcipuam quandam æquitatem desiderant, ut depositi: quædam etiam non sunt privatæ, sed populares. Etiamne hæ jurejurando decidi possunt, et cum de his jusjurandum intervenerit, non minus est servandum? Et placet quacunque in actione, quacunque de re juratum sit, pariter ratum esse jusjurandum. Et ne quid sit dubitationis, etiam (9) su-

(g) Vid. Borch. *h. tit. C.* 5. qui hæc fuse declarat. Quo pertinet et *L.* 13. *pr. h. tit.* Quam exponit Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 32. *et in Post. Com. C. 7. f.* 872. Et hoc quidem ita in caussis status, cum quis jurat se servum vel libertum non esse, ut *d. L.* 3. §. 2. *L.* 13. *pr. L.* 30. §. 4. *D. L.* 6. *C. h. tit.* Num vero idem cum in servitutem vindicans, jurat servum suum esse? Non puto. Neque enim hic delatio valet; alios facto et conventione [illegible] quis se in servitutem conjiceret, contra jus certum. ut not. *supr. Civil. Commentar. Lib.* 2. *C.* 9. *N.* 13. Nam et quod transactio super servili conditione valet *L. ult. Cod. de trans.* solum obtinet cum id agitur. ut qui servus dicebatur habeatur liber; non autem contra, quia nec transactio dici posset. cum nihil ei daretur, quod suum fieret, ut Don. *ad d. L. ult.* Caussis status comparari solent matrimoniales. Sed in iis receptum est ut jusjurandum ex delatione partis adversæ præstitum ratum sit pro matrimonio. Quia deferens videtur sub conditione. *si juraverit* matrimonium contrahere, si non ante contractum sit. Non vero contra. ne in potestate sit conjugum indissolubilis disruptio. Sneidvin. in §. 11. *Instit. de act. n.* 26. *et seq.* Duar. *in Prior. Comm. hoc tit. Cap.* 9. *et in Poster. Cap.* 4. *f.* 862. *sub fin.* Garoc. *Q.* 4. *Quæstionis* 9. *princip. n.* 6. Coras. 3. *Misc* 4. *n.* 6. Beust. *ad L.* 3. *D. h. tit. n.* 63. et seq. *et de sponsalib. C.* 45 Borch. *C.* 5. *n.* 23. (et ex his transcriptor Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 4. *n.* 7.) Gail. 2. *Obs.* 94. *n.* 13. et 2. seqq. (ubi *n.* 16. eodem modo distinguit in monastica professione. matrimoniis spiritualibus.) Sed nec pro matrimonio tunc valet, quando ex eo alii quam deferenti prejudicium creari posset. Ex. gr. Inter Titium et Bertam agitur. Seja quoque matrimonii fidem sibi dedisse Titium prætendit. Titius Bertæ vel contra, jusjurandum deferre nequit. Covar. *de Matrim. P.* 1. *Cap.* 4. §. 1. *n.* 5. Quid in criminalibus? Ad eas edictum non pertinere vult Duar. *in Prior. Comm. h. tit. C.* 9. quia Prætor de actione loquitur. Ex illis autem actio abusive, proprie accusatio. Nec reperiri ait exemplum delati apud veteres in judicio criminali jurisjurandi Nam *L.* 7. §. 4. *de his qui not. inf.* de judicio civili loqui. Publicæ utilitatis rationem facere. ne caussæ hæ ita decidantur. quia ad vindictam publicam agitur. Idem in *Post. Comm. C.* 4. *f.* 862. vulgo statui. quod accusator reo recte deferat. cum arg. a populari actione tum arg *leg.* 15. §. 5. *D. de adult.* Si enim remitti potest. quidni et jusjurandum deferri. Verum subdit. Judicem, comperta veritate, tamen reum damnare posse. Ut et Sneidvin. *in* §. 11. *Inst. [illegible] act. n.* 23. præterea requirens, ut et de caussa transigi possit et deferens aliis probationibus destituatur. Et juxta illam opinionem quod [illegible] deferri possit, judicatum testatur Beust. *ad L.* 3. *hoc*

periores controversiæ exempli loco afferuntur. Qui locus tractatur pluribus in *L.* 3. §. *quacunque, usque ad fi. L.* ubi exempla varia in *L. cum qui* §. *in popularibus*, §. *si libertus*, *L. jusjurandum et ad*, *hic*. *L. cum proponas*, *L. in actione*, *C. eod.* Scilicet in his omnibus jusjurandum de re privata est, et conventionem habet. De re privata pacisci et transigere licet, ac quævis juris sui remissio concessa est. *L. juris*, §. *si paciscar*,
7 *L. pactum*, *supr. de pact.* † Sed ut nihil obstent cætera; at saltem juranti perjurium suum obstare debere quis dixerit. Quid enim, si postea perjurium fuerit approbatum? Nulla ratio juris aut æquitatis pati videtur, ut perjurio jusjurandum prosit. In perjurio dolus est: Nemo ex dolo et improbitate sua actionem consequi, aut ullum lucrum facere debet. *L. itaque*, 12. *L. eum qui*, 14. §. *is autem*, *infr. de fur. L.* 1. *supr. de dol.* Sed et perjurium delictum est, et quidem singulare genus maleficii: maleficia impunita esse non oportet, idque utilitas publica exigit. *L. ita vulneratus*, *vers. quod si quis*, *supr. ad leg. Aqui. L. locatio*, §. *quod illicite infr. de publican.* Ergo ut intelligere liceat nihil hic excipi, quamobrem jusjurandum omni modo ex hoc edicto non sit servandum; nominatim hoc quibusdam locis comprehensum est, caussam jurejurando decisam nec perjurii prætextu retractari posse: *L.* 1. *C. eod.* usque adeo ut placeat, quamvis postea perjurium fuerit approbatum, nec de dolo actionem in eum qui pejeravit dandam: ne scilicet jusjurandum alia via retractetur. *L. quod si*, *supr. de dol.* Neque aliam significationem habet, quod dicitur post rem jurejurando decisam, nihil aliud quæri, quam an juratum sit. *L. post. rem*, *infr. de re jud. L.* 5. §. *dato*, *hic*. Sic enim fit, ut non quæratur vere, an falso juratum, idest, pejeratum sit. Neque vero ita (10) jusjurandum servari iniquum est. Constitueretur inique, si adversus invitum. Nunc autem constitutum est adversus eum, qui ultro detulit jusjurandum, et cui placuit interposito jurejurando litem decidi, ut non adjiceret se velle decidi, si adversarius vere juraret. Itaque inest in hac delatione deferentis conventio, et quidem ea per quam lite disceditur, ut in transactione. Nihil æquius quam unumquemque conventioni stare. *L.* 1. *supr. de pact.* præsertim autem, si eo spectat, ut sit aliquis litium finis. *L. fratris*, *C. de transact.* Sed tum maxime, cum de his agitur, quæ quis ultro expetivit. Quæ cum omnia sint in jurejurando, et eo qui detulit: nihil æquius, quam jusjurandum ab eo simpliciter delatum etiam adversus eum simpliciter servari. Unde dicitur servari propter religionem quidem: sed præcipue propter conventionem. *L. sed si servus*, *L. qui jurasse*, §. *ult. hic*, et maxime quod per jusjurandum transactum videatur, *L. quod si deferente*, *supr. de dol. L.* 2. *L. admonendi*, *in fin. hic.* Quibus adjicere debemus illud Justiniani, nullo modo ferendum esse, ut quis infirmet ea, quæ ipse facienda procuravit. *L. generaliter*, §. *sed juramento*, *C. eod.* At enim in pejerante dolus est. Non est dolus, quo nemo decipitur. Non decipiuntur autem, qui sciunt et consentiunt; multo minus, qui jusjurandum ab adversario expetunt. *L. nemo videtur*. *infr. de reg. jur.*

At certe, ut dixi, perjurium delictum est, et quidem gravissimum: utpote quo simul et falsum testimonium dicitur adversus proximum, et Dei sacrosancta majestas petulanter violatur. † Quid ergo, cum cætera deli- 8
cta placeat impunita non esse, solius perjurii nulla erit pœna? Ad rescindendum quod gestum est, nullam esse diximus, propter conventionem ejus qui detulit. Sed an nec delicti ulla erit? Et de eo ita scriptum est in rescripto Alexandri Imperatoris. L. 2. C. eod. *iurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet.* Quo significari putamus,

tit. n. 56. Cæterum delationem accusatori a reo factam verius ac receptius est; inutilem esse, etsi Bart. in *L.* 20. *de qq. n.* 4. dissentit 1.° quia ex conventione ad pœnam corporalem non tenet obligatio. 2.° Per *L. ult. Cod. de probat.* 3.° Inde evenire posset ut insons damnaretur. Benst. *dict. loc. n.* 557. et seq. (ex quo ad verbum, solemni more suo, transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 5. *et* 6. Aliud tamen opinor, si ad pœnam pecuniariam agatur. Aliter Caroc. *Q.* 15. *principali n.* 3. *et seqq.* qui delatum accusatori ac præstitum præbere indicium ad torturam putat, (add. Sneidv. *ad d.* §. 11. *n.* 24.) reo autem deferri posse exceptis caussis iis, in quibus transactio vetita *L.* 18. *C. de transact.*

(10) Recte. Convenit Gilken. *in L.* 1. *C. h. t. n.* 1. Non absurdum hoc, sive spectetur persona deferentis, qui potuit jus suum deterius reddere, sive præstantis, quia iniquum de ejus perjurio queri: Et Leonin. 2. *Emend.* 3. *n.* 1. Qui defert, cedit liti, sub conditione præstandi jurisjurandi et omnem controversiam religioni adversarii credit, quem judicem suæ caussæ constituit A. Fab. *ad d. L.* 21. *de dolo.* Deferendo judicem facit *L.* 1. *Quar. rer. act. non det. junct. L.* 26. *de re jud.* (quæ notanda contra ipsum Fabrum ut *supr. N.* 7.) Ad hæc boni publici ratio id exigit ut litium sit finis. Quomodo et sententiæ iniquæ stari oportet Borch. *C.* 8. *n.* 48.

contemptæ perjurio religionis pœnam, divinam quidem esse ultionem Dei; humanam autem hoc jure nullam. Et in summa Romanos, ut tum tempora fuerunt, (11) contemptæ religionis pœnam in perjurio nullam statuisse: sed rem totam judicio et ultioni Dei reliquisse. In quo hoc secuti videntur. Nam quæcunque hic iniuria est, ea ad solum Deum fertur, cujus nomen et majestas eo facto læditur. Visum est, eum esse debere æstimatorem et arbitrum iniuriæ, qui accepit. Sed maxime cum de Deo agitur: Nam si inter homines quoque hoc jus valet, ut permittatur privatis, qui injuriam passi sunt, eam æstimarere: §. *pœna. Inst. de injur.* quanto justius est in injuria Deo illata hanc æstimationem illi relinqui, qui solus recte judicat, quique ut justus judex, ita ultor et vindex omnino futurus est? Sed an habeat superior in definitio eam sententiam, quam diximus, et an sententia per se vera sit, paucis videamus. Ait (12) Alexander: *jurisjurandi contempta religio Deum ultorem habet.* Est ergo pœna periurii quædam divina: eaque est ultio et vindicta Dei: pœna omnium delictorum communis illa quidem, sed tamen præcipuo quodam modo sancita in periurio. Quod

(11) Consentiunt nostro et inter perjurium per Deum et principem distinguunt Cujac. 2. *Obs.* 19. *et ad L.* 1. *et* 2. *Cod. h. t.* A. Fab. *ad L.* 22. *de dolo* Coras. *SC. Tolos. C.* 21. Sich. *ad L.* 2. *C. h. t.* Marq. Freher. 1. *Parerg.* 29. Fachinæ 1. *Controv.* 14. Decian. *Tr. Crim. Lib.* 6. *C.* 13. Theodor. Marcil. *in L.* 12. *tab. Collect. et Interpretam. Cap.* 8. Virgil. Pingizer. *Q.* 39. *n.* 8. *et seqq.* Gilk. *ad L.* 1. *et* 2. *Cod. h. tit.* Caroc. qui hanc magis communem vocat. *Q.* 2. *Quæstionis* 9. *pr. n.* 6. *et ejusdem Q.* 3. *n.* 6. Reusner. *Lib.* 3. *decis.* 2. P. Theodoric. *Disp. Crim.* 5. *Thes.* 8. *Lit. F.* Et pro hac opinione quoque facit *L.* 15. *D. de exc.* Et *Nov.* 82. *C.* 11. §. 1. ubi dicitur. Siquidem *ex studio noceant.* (Judices jurati de quibus *ibi*) *a Domino Deo pœnas perjurii sustinebunt.* Et ita Harmenop. *Lib.* 1. *Enchirid. tit.* Mich. Attaliata *Synopsi T.* 6. (*To.* 2. *Juris Græc. et Rom. a Leunclajo editi*) οὐδεὶς κατὰ τοῦ Θεοῦ ὀμόσας κινδυνεύει ἱκανὸς γαρ ὁ ὅρκος τιμωρον ἔχειν τό Θεῖον Nemo qui per Deum juravit, periclitatur. Satis enim id juramentum ultorem habere Numen ipsum. Quin et apud veteres Græcos perjuriis pœnam statutam non fuisse, colligere est ex Arist. *Rhetor. ad Alex. Cap.* 18. Contra tamen Duaren. 2. *Disp.* 37. *et in Prior. Comm. hoc tit. C.* 33. *f. ult. et in Post. Comm. C.* 8. Baro *in L. ult. de lit. jur.* et in §. 11. *I. de act.* Rob. 2. *Sentent.* 20. Petr. Gregor. 50. *Synt.* 11. Menoch. *Arb. Cas.* 319. Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Execut.* §. 8. *Cap.* 9. *et* §. 9. *Cap.* 1. Bronch. 2. *Ax.* 25. Anton. Del Re *de Juram. cal. Cap.* 23. *n.* 9. *et seq.* Anton. Cont. *ad L.* 2. *C. ad L. Jul. majest.* Old. *Cl.* 1. *Act.* 9. *in adfin. Rem. n.* 2. *et* 3. Pac. 3. *Enant. Quæst.* 79. Busius *ad L.* 13. *de jurejur.* Perrenon. 1. *Animadvers.* 8. Petr. Matthæ. *Addit. ad Guid. Papæ Decis.* 178. Ræyar. 2. *Var.* 3. Vult. *ad* §. *item si quis* 11. *ipsi* 10. *Inst. de act. n.* 20. *et seq.* Arumæ. *Disp. Pand.* 11. *Quæst.* 7. Præter relatos a Menochio *d. Cap.* 319. *n.* 10. Atque hi tanen quos omnes evolvi, non uno modo variant, in eo num quodvis perjurium puniatur, et qua pœna hoc vel illud. In hoc solum conveniunt quod perjurium id omne, quo Numinis violata religio, impune non sit. Pro quibus præter LL. quas Donellus hic sibi objicit, facere videtur 1. *L.* 2. *in fin. Cod. de indict. viduit. toll.* verbis: per leges quæ *perjuria puniunt.* 2. Nov. 53. *Cap.* 4. *princ.* 3. Nov. 77. *C.* 1. §. 1. ibi: *Si enim contra homines factæ blasphemiæ impunitæ non relinquuntur: multo magis qui ipsum Deum blasphemant. digni sunt supplicia sustinere.* Quibus ratio impunitatis a Donello et aliis adducta convellitur. Ac certe blasphemia quoque Deum solum offendit, ut Menoc. *d. Cap.* 319. *n.* 15. Exactius vero hæc expendere in præsenti differo. Probabilius tamen videtur, distingui posse inter jusjurandum litis decisorium et aliud. Ut illius, si pejeratum, nulla pœna nisi divina, quia nec de eo inquiri convenit §. *æque.* 4. *Inst. de exc. L.* 5. §. 2. *h. t. L.* 15. *de excep.* Neque eo dici potest nocitum alteri esse, cum hoc omne damni sibi suæque facilitati, qua detulit jusjurandum accepto ferre is debeat. Quin nec facile certo liquere potest de perjurio. Quippe etsi qui juravit, testibus postea aut instrumentis convincatur, potest esse, ut testes corrupti, instrumenta conficta, sint. Nec admittendus is qui vult convincere, alias jurejurando lis decisa non foret ut *supr. N.* 7.

(12) Ita omnino est, quod prius membrum *d. L.* 2. pœnam omnem aliam removeat. Neque enim verba ejus patiuntur expositionem Vultei ad *d.* §. *item si* 11. *n.* 20. cum primis a Deo tum etiam ab hominibus: ut nec Perrenonii *d. C.* 8. qui ideo dici *satis. etc.* quia non pro merito videatur posse puniri ab hominibus. Nec P. Matthæi *d. loc.* illis rationem reddi ab Imp. cur non gravissime et corporali pœna puniatur, quia hoc crimen maximam ultionem a Deo expectat. Et loquitur *d. L.* 2. *pr.* de juramento judiciali, de quo et L. præcedens, idque titulus ac materia proposita exigit. Unde nec de inconsulto ac temerario solum jurejurando accipienda, quo nihil nocitum est alteri, ut Oldend. *d. loc.* Ræv. et alii. De variis intellectibus *d. L.* 2. vid. Asin. *dd. loc. et* Caroc. *Q.* 3. *Q.* 9. *pr.*

etsi ex communi intelligentia sumptum hoc loco usurpatum est ab Alexandro: tamen ne qua sit dubitatio, ipsa lege Dei expressum est. Sic enim est tertium præceptum: *Ne usurpes nomen Domini Dei tui temere. Neque enim Dominus dimittet eum impunitum, qui nomen ejus vane usurpaverit.* Sed quænam hæc et quanta pœna est? Omnium gravissima: nempe exitium, uti scriptum est psalmo 5. *Perdes omnes, qui loquuntur mendacium.* Quod et ethnici naturæ tacita lege in hominum mentibus divinitus inscripta docti intellexerunt. Hoc enim et Cicero *lib. 2. De legib.* expressit his verbis; *Periuri pœna divina exitium; humana dedecus esto.* Solam autem hanc divinam pœnam periurii esse significat Alexander, cum ait, non simpliciter contemptam religionem jurisjurandi Deum ultorem habere, sed satis Deum ultorem habere. Ut enim cum dicitur satis probatum esse jurejurando, hoc intelligimus, ita probatum esse jurejurando, ut hæc probatio sit satis, nec alia desideretur: *L. 5. §. dato, hic.* Item cum dicitur satis pœnæ subire eum, qui non defenditur, quia mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, hoc omnes dici intelligunt, ita hanc esse pœnam, ut non alia adiiciatur: *L. satisque, supr. de in jus voc.* ita cum legimus jurisjurandi contemptam religionem satis Deum ultorem habere nihil aliud intelligere debemus, quam istum contemptum ita habere ultorem Deum, ut hoc ipsum ad pœnam sit satis. Et quomodo aliter, hoc verbum, *satis*, accipere possumus? Alia enim pœna si est, periurii, sufficiebat dicere, jurisjurandi contemptam religionem Deum ultorem habere. Atque ut hoc verba exigunt: ita in primis sententiæ ratio, quæ si aliter accipitur, aperte definitio vitiosa est: quia supervacua et inutilis. Quorsum enim monere, periurium habere Deum ultorem, quod pœnam juris nullam continet, et quod sine monitore omnes homines intelligunt, testificante illis sua ipsorum conscientia? Sed hoc intererat consultoris scire, an nulla esset periurii humana pœna, et si nulla esset, quamobrem hoc placeret. Ad hoc apposite respondet Alexander, nullam esse constitutam, mirum videri non debere: *quia jurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habeat:* idest, quia si pœna quæritur, hæc abunde sufficiat, quod Deum habet ultorem: qua pœna nulla potest esse gravior. Nec quisquam putet Alexandrum in *d. L. 2. C. eod.* de eo tantum loqui, qui per venerationem principis calore quodam iracundiæ pejerasset, quia de eo postea subjicitur. Ad hunc enim prior illa definitio de contempta religione jurisjurandi pertinere non potest. Primum quia in jurejurando, quo juratur per principem, non inest religio, est enim religio metus numinis, non principis. Deinde quia etiamsi in eo religio inesset: tamen qui calore iracundiæ pejeraret, faceret id magna culpa; non tamen religionis contemptum. Fuit ergo consultatio de pœna ejus, qui calore iracundiæ pejerasset, eaque duplex, sive is jurasset per Deum, sive jurasset per principem et maxime si per venerationem principis. Et respondet Alexander, humanam hic nullam esse: quia si per Deum pejeratum sit, in totum nulla sit etiam si sit contempta religio ab eo qui consulto pejerasset. Si autem pejeratum sit per principem, hoc casu nulla esse debeat adversus eum qui calore iracundiæ pejeravit, quia in eo nulla petulantia arguatur, nullus contemptus principis. Etsi hæc sententia satis superioris rescripti verbis et mente efficitur: tamen in ea acquiesco facilius, quod nihil mihi videtur satis idoneum contra offerri. Quo cognito, quam per se illa vera sit, certius statuetur. Ac de temporibus illis, quibus Alexander vixit, quæque Alexandri ætatem antecesserunt, nihil puto dici verius. Paulus scribit religioni standum esse, quia sufficiat periurii pœna. *L. nam sufficit, supr. de dol.* Nempe ait et suam periurio pœnam esse. Nos vero esse quoque dicimus. Sed quæ sit, quæritur. Id cum decidatur in *d. L. 2.* nimirum inde sumendum est, quod ad locum dubium explicandum transferatur; præsertim cum sit lex Alexandri, sub quo Paulum vixisse constat. In *L. ult. infr. stellionat.* scriptum est, de periurio ejus, qui sua pignora esse juravit stellionatum fieri: et ideo eum ad tempus exsulare. Sed hæc (13) non periurii pœna est, sed stellionatus idest, fraudis.

(13) Et ita Cujac. 2. *Obs.* 19. *et ad L.* 1. *et* 2. *C. h. t.* Fachin. 1. *Contr.* 14. quia etsi non juraverit, æque stellionatus pœna. Et Don. ad *d. L.* 2. *C. h. t. n.* 6. ex verbis *d. L. ult.* et ideo arguit: scilicet propter stellionatum. Convenit Caroc. *Q.* 2. *Quæst.* 9. *princ. n.* 9. qui ibi venire juramentum accessorio ad confirmationem falsæ assertionis, quæ est Stellionatus. Atqui si stellionatus pœna agetur ob perjurium, utique oportet ibi perjurium puniatur in eo, quod pœna isthæc communem excedit. Et ita est: verum ibi non jurisjurandi decisorii species, nec id delatum a creditore, sed ad eum fallendum debitor ultro juravit, Gilken. ad *d. L.* 1. *C. hoc tit. n.* 6.

decus enim intelligit eam infamiæ notam, quæ est in re et hominum honestorum opinione, non illam, quæ legibus aut edicto irrogatur, cum verbis legis aut edicti jubentur aliqui esse infames, ut hæc genera distinguuntur in *L.* 2. *infr. de ob. seq. parent. et patron.* nam hæc posterior in usu juris absolute infamia dicitur. Sane vero qui pejeravit, quacunque in caussa id fecerit, turpis est et improbus, nec opinione hominum evadet hujus turpitudinis et infamiæ notam. Sed nos de infamia, quæ jure irrogetur, quærimus. Apud eundem quoque Ciceronem scriptum est *lib.* 3. de offic. *Censores nullo de re diligentius, quam de perjurio judicasse.* Sed et hoc ipsum magnum argumentum est, nullam tum fuisse constitutam pœnam legibus adversus perjurium. Constat enim censores Romæ in ea animadvertere solitos, de quibus nihil legibus cautum erat: ut probabunt exempla censoriarum animadversionum, quæ (16) leguntur apud Valerium Maximum *lib.* 2. *cap.* 4. de censoria nota. Atque hæc ita fuerunt, quo tempore Alexander Imperator, quo Paulus et Ulpianus vixerunt. Quid hic secutum sit, videamus. Nempe (17) longo post tempore secutæ sunt constitutiones duæ, Arcadii et Honorii una, *L. si quis*

(16) Quod et confirmat Bodin. 6. *de Rep.* 1. *n.* 630. qui perfidiam nullis judiciis vindicari, sed cognitionem totam fuisse Censorum. Censoribus autem non fuisse animadversionem, nisi eorum vitiorum, de quibus nullæ LL. latæ, nulla judicia constituta. Confer. Zamose. *Lib.* 1. *de Senatu pag.* 91. et seqq. Exemplum apud Angel. *Lib.* 7. *C.* 18. Ubi ait, Censores quosdam, quia quod jurato se facturos dictitaverant, non fecissent, omnium notarum et damnis et ignominiis affecisse. Quibus certe verbis non levis pœna innuitur. Et ut Censura a judicio distincta, non ideo minus tamen nota censoria pro pœna habenda videtur. Sed et Pontifices de perjuriis cognovisse constat ex Plaut. *Rudent.* 5. *Sc.* 3.

...... *Tunc meo Pontifex, perjurio es.*

Unde Ræv. 2. *Var.* 3. qui consulto per Deos arasve Deorum pejerarent, Pontificibus Plaut. *d. loc.* qui per genium Principis, Principi *L.* 13. §. *ult. h. t.* quia alia ratione, Censoribus pœnas dedisse Cic. 3. *Off.* Agell. *dict. C.* 18.

(17) Vult. ad §. *item si* 11. *Inst. de Act.* 2. (ex quo ad verbum transcripsit Setser. *Lib.* 1. *Cap. ult. n.* 12. *et* 13.) cum olim pœna arbitraria et extraordinaria fuerit, novioribus Constitutionibus certis casibus pœnam constitutam esse. Ut *d. L.* 41. *d. L. pen.* Quibus addit 3.° Constit. quæ desideratur in *tit. Cod. de custod. reor.* ut Cujac. ad *d. L. pen. Cod. de dign.* item quatuor casibus *Nov.* 117. Ac 5.° lege quadam Leonis et Constant. cujus meminit Harmenop. *Lib.* 1. *tit.* 7. ut ex delatione pejeranti. item testi perjurio lingua præciditur. Sed Harmenopulo fidem derogat Fachinæ 1. *Contr.* 14. *sub fin. et* Pingizer. *Quæst.* 39. *n.* 17. Enimvero Coras. *SC. Tolos.* 21. *et* Ranchbar. *P.* 2. *Quæst.* 3. *n.* 44. sententiam qua perjuri impunes, homini Christiano inconvenientem et absurdam vocant, et a qua merito recessum sit. Sicuti Constit. Crimin. Caroli V. perjuris digiti præciduntur. Vide Georg. Rem. *Nemesi Karulina Cap.* 107. *et seq.* Beust. ad *L.* 1. *h. t. n.* 19. Et *No.. Elect. Sax. ul. P.* 4. relegatum contra fidem juratam reversum prima vice amputatione duorum digitorum, altera fustigatione, tertia capitis supplicio, plectit. Ac legibus certe antiquioribus Saxonum *tit.* 2. §. 7. (si recte edidit Basilius Joan. Herold.) habetur. *Qui sciens perjuraverit, capite punitur.* Quæ et pœna apud Ægyptios. Diod. Sicul. *Lib.* 2. Hungarorum legibus de perjurio convictus omnia bona amittit et disparibus vestibus indutus, zona canabea succinctus, discalceatus pedibus et nudato capite semper incedere cogitur, ut in *Tripart. Oper. jur. consuetudinar. Hungar. edito* a Steph. Werbenzo *Titul.* 30. De ultione divina perjuris metuenda, vide et exempla pete ex Alex. *L.* 5. *Gen. dier. Cap.* 10. *et Lib.* 6. *Cap.* 10. Pet. Greg. 50. *Synt.* 10. *n.* 6. *et seqq.* Rob. 1. *Rer. judic.* 14. Jac. Ebert. *Tr. Ethico de Juram. pag.* 104. *et seqq.* Christoph. Obenio von. *Eidschwueren. Part.* 6. Memorabile est quod Hilar. Biremier. de *Arte Apodemica* refert in Castello Heiden, sex cadavera in sacello reservata viatoribus ostendi. Longissimo eo tempore non sepulta, quod terra ea absumere nequeat, Eo quod illi homines ita ex delatione juraverint. *Si falsum juro, statim moriar, sepulturaque indignus efficiar.* Quod e vestigio ita contigit. Plane ut quis reus fiat perjurii dolus requiritur. Unde in assertorio juramento non quivis falsum jurans pejerat, sed qui sciens ex animi sententia. Quomodo Chrysippus hæc distinxit ἐπιορκεῖν καὶ ψευδορκεῖν (sicuti mentiri et mendacium dicere. Agell. 11. *Noct.* 11.) Duar. in *Prior. Com. h. tit. Cap* 33. *f. ult.* Et in promissorio perjurus non est qui ex quavis etiam fatua caussa contra juramentum suum venit, de quo Molher. 2. *Semestr.* 38. non certe, si ex justa *L. ultim. qui sat. cog.* Vid. Covar. ad *Cap. quamvis* 2. *de Pact. in* 6. *Parte* 1. §. 3. *n.* 30. Confer. Dominic. Soto *Lib.* 8. *de Justit. et jure Quæst.* 2. *Art.* 1. Nec qui juravit certa die solvere, si prorogato per creditorem termino, non solvit; quia remittente parte, etiam Deus *Cap.* 1. *extr. hoc tit.* Myns. 6. *Obs.* 32. neu si solvere non possit, Beust. ad *L.* 1. *hoc tit. n.* 20.

major, C. de trans. Honorii et Theodosii altera, *L. quoties, penult. C. de dignit. lib.* 12. quarum illa infamiam irrogat perjuro: hæc perjurum dignitate exuit. Mihi autem hæ constitutiones aut perjurio pœnam statuere non videntur: aut si statuunt, duabus tantum in caussis eas statuere certum est: ut consequens sit in aliis omnibus superiorem sententiam relinqui. Prior enim irrogat infamiam non cuivis pejeranti: sed ei qui adversus pacta vel transactiones jurejurando confirmatas veniat. Non ergo magis irrogat ob perjurium, quam ob fidem violatam; alioqui de omni perjurio idem constituendum fuerat. Non esset quidem hæc pœna sine perjurio: sed non ideo pœna perjurii propria, cui etiam fidei violatio caussam dedit. Posterior autem constitutio pejerantem dignitatis damno coercet, non quemlibet, sed illustres viros: neque eos passim et quacunque in caussa pejeraverint; sed tunc solum, cum criminali judicio conventi, et fidei suæ ac jurejurando propter privilegium personæ commissi, cautioni suæ non steterunt, obliti et privilegii sibi ob personæ dignitatem concessi, et dignitatis suæ, et rei seriæ, de qua agitur. Ex quo apparet pœnam hanc indici non perjurio, sed personæ et caussæ. Personæ quidem, quæ tam multis nominibus se indignam ista dignitate probavit, propter quam hoc assequebatur, ut cautioni ejus juratoriæ crederetur. Caussæ autem, ut in qua spectetur, quid promittat, quo judicio, et quod privilegium ei cautioni locum faciat. Ita semper vere dicetur, etiam nunc perjurii, quatenus tale est, nullam esse omnino pœnam constitutam jure civili. Nam divinam ipse Deus constituit, non homines. Quod si quis in his caussis pœnam perjurio constitutam esse volet: at certe illud efficietur, ut quoniam certis in caussis et certis personis constituta est, extra has caussas et personas nulla sit pœna humana perjurii, statuaturque in reliquum jus illud, quod supra posuimus. *L. ex eo, infr. de testi. L. qui testamento, §. mulier, infr. qui test. fa. poss.* Atque hæc in universum de pœna perjurii accommodata ad explicationem. *L. 2. C. eod.* Quod attinet ad jusjurandum per quod de lite transigitur, de quo nunc agimus: hoc ratum esse debet, neque caussam hoc jurejurando decisam etiam prætextu perjurii revocari posse: neque hujus perjurii ullam esse pœnam, propter quam fiat, ut perjurium vocari possit in crimen ulla actione, atque ita fiat, ut species transactionis, quæ hic videtur inesse, obliqua via infringatur.

9 † Hac vi jurisjurandi cognita, jam illa nullo negotio intelligi potest, qualia sint, quæ de effectu (18) vario jurisjurandi sub hoc titulo variis locis tradita sunt. Jusjurandum nimirum probationis vim habere *L. 5. §. dato, L. sed si possessori, §. ult.* Jusjurandum ex numero videri novandi delegandive. *L. qui jurasse. §. ult.* Idem solutionis loco cedere, et quod idem est, pro acceptilatione esse. *L. jusjurandum, 27. L. in duobus, seq. §. 1. L. jusjurandum a, 40.* Idem speciem transactionis continere. *L. 2.* Idem judicii instar habere. *d. L. qui jurasse, in fin.* Quæ omnia ex his quæ de exceptione et actione, idest, in summa de vi jurisjurandi dicta sunt, sua sponte intelliguntur. Sunt enim partim consequentia, partim ejusmodi, quæ eam vim efficiunt, quam dixi. Quorum tamen rationem paucis subjiciam, ne quid in his dubii relinquatur. Probationis vim habet: quia affirmationi standum est, ut fieret, si satis alia probatum esset: idque non propter conventionem solum, sed propter religionem. *d. L. 5. §. dato, L. sed etsi servus.* Ex numero novandi est: nempe in actore: quod sicut novatione constituitur nova obligatio et actio: sic postquam actor juravit, nova actio ei acquiritur, qua nunc utatur, quasi priore in hanc posteriorem translata. Fieri etiam potest, ut vice debitoris alius conveniatur, quasi debeat. Hic si neget se debere, et jusjurandum actori deferat, ac juratum sit, teneri incipit. Qua ex re etiam verus debitor assequitur, ut liberetur obligatione in hunc quasi judicio transfusa: quod delegationis speciem habet. *L. delegare, infr. de novat.* Sed tamen recte dictum est, (19) jusjurandum ex numero novandi videri, non esse. *d. L. qui jurasse, in fin.* Novatione enim sic nova obligatio constituitur, ut tollatur vetus. At jurejurando dato, sic ex hac parte edicti agi potest, ut nihilominus actori integra sit sua actio, quæ competeret, si juratum non esset. *L. cum qui, in pr. hic.* Idem solutionis loco cedit, et acceptilationis, in persona nimirum rei. Ut enim liberatur in totum de-

(18) De viribus juramenti vid. Duar. *in Prior. Com. hoc Titul. Cap.* 31. *et in Poster. Cap.* 7. Sneidvin. *ad §.* 11. *Inst. de act. n.* 48. *et seqq.* Hering. *de fidejuss. Cap.* 20. §. 2. Seraphin. *Privil. Juram.* passim Setser. *Lib.* 1. *Cap.* 25. qui 30. effectus generales refert, et ex quibusdam multos speciales infert.

(19) Recte. Quod et contra Vultejum adstruxi *Cap. praeced. N.* 4.

hitor solutione, ac cum eo fidejussores, et pignora : *Inst. quib. mod. toll. obl. in pr. L. in omnibus speciebus. infr. de sol.* sic et jurejurando. Certe ex jorejurando perpetua exceptio illi acquiritur, qua fiat, ut neque in ipsum, neque in eos omnes, ad quos ea res pertinet, agi possit. *L. ait. hic.* quibus verbis (20) et fidejussores contineri intelligimus, et pignorum possessores. *L. in duobus.* §. 1. *L. antep. hic.* In quo tamen eum sic liberetur reus, ut nulla inverveniat pecuniæ numeratio : ideo pro acceptilatione id haberi potius dicitur. *d. L. antep.* Hæc enim imaginaria solutio est, non vera solutio. §. *item per. Inst. quib. mod. tol. obl.* Hæc res facit, ut qui in universum effectus sunt solutionis, iidem sint et jurisjurandi. *d. L. antep.* Transactionis speciem habet: quia ut transactione, sic jurejurando ab omni controversia disceditur, et quidem litigatorum conventione. *d. L. antep. L. qui jurasse*, §. *ult.* Instar (21) judicii obtinet, quod sicut re judicata, actori quidem actio jodicati, reo autem exceptio rei judicatæ acquiritur, in qua nihil amplius quæritur, quam an judicatum sit : *L. miles.* §. *ult. infr. de re jud.* §. *item si. Inst. de exc. L. post rem, de re jud.* Ita plane utromque ex jurejurando, et eodem modo. *L.* 5. §. *dato. L. nam postea, ver.* 2. hic. *Nec immerito*, inquit Ulpianus : *cum ipse judicem adversarium suum de caussa sua fecerit, qui detulit et jusjurandum.* L. 1. in pr. *infr. qua. re. act. non det.* Itaque qui judicii et litis contestatæ effectus sunt, iisdem sunt plane et jurisjurandi : prætérquam in duplo, quod consequimur his actionibus, quæ per inficiationem in lite crescunt. Ac quam similia omnia sint exceptioni jurisjurandi cum exceptione rei judicatæ, actioni in factum ex jurejurando cum actione judicati, satis dictum est, cum de exceptione, et actione ex jurejurando ageremus. Nunc ut intelligatur jusjurandum totius judicii vim habere, ac non tantum judicati: (22) etiam litis contestatæ vim habere dicimus et multo magis, quia plus sit judicati vim obtinere, quam litis contestatæ : cum in hac contestatione sit initium, in judicato finis et exitus totius judicii, ac non nisi per litis contestationem ad sententiam perveniatur. Atque hic iidem hi effectus. Sunt quædam caussæ, in quibus quis judicium accipere non cogitur. Placet eum ex iisdem caussis nec jurare cogendum esse, se dare non oportere, quia hoc jusjurandum in locum litis contestatæ succedat. *L. sed etsi*, §. *ex quibus. supr. de jud. L. in contractibus*, §. *illo, C. de non. num. pec.* Temporales actiones judicio inclusæ afficiuntur perpetuæ, et quæ pœnales sunt, ab utraque parte in heredes transmittitur. *L. ult. in fin. infr. de fid. tut.* eodem modo et (23) postquam juratum est, actio perpetua esse incipit quæ fuerat temporalis, et quæ pœnalis erat, in heredes, dabitur. *L. nam postea*, §. *si is qui, hic.* † Litis contestatione inter- 10
rumpitur præscriptio longi temporis. *L. moræ. C. de rei vind. L. nec bona. C. de præs. lon. temp.* interrumpitur et jurejurando. Quam ego sententiam esse puto. *L. si duo*, §. *Julianus. hic:* de qua cum parum liqueat paulo pluribus, quæ sit, exponam. Verba hæc sunt : *Julianus ait, eum, qui juravit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam utilem actionem habere debere.* Propone ita: qui fundum a possesso-

(20) Vid. *Seraphin. privil. juram.* 82. Non tamen hinc fidejussor aget mandati. Vid. not. supr. *Cap.* 7. *n.* 6.

(21) Et immo majorem auctoritatem quam res judicata *L.* 2. *hoc tit.* Quomodo? Quia a jurejurando non appellatur *L.* 12. §. 2. *et* 3. *Cod. hoc tit.* Ita Anton. Fab. 19. *Err. Prag.* 5. *initio et* Beust. *ad dict L.* 2. *n.* 39. addens quod contra jusjurandum minoris non datur restitutio in integrum *L.* 1. *et auth. Sacram. Codic. si adv. vend.* Ad hæc naturalis obligatio tollitur jurejurando, non item judicato *L.* 60. *de cond. ind.* ita Hortens *ad L.* 13. §. 4. *de pig.* Et ratio *ad dict. L.* 2. *hoc tit.* juxta Rod. Suar. *in Lectura L. post rem judic.* 56. *de re judic. Notab.* 2. *n.* 5. quia facilius inducitur, quam res judicata, non requirens tantum ordinem et tot solemnitates. Juxta Duar. *in Prior. Comm. Cap.* 26. *et Poster. Cap.* 7. quia plus est consensu damnari quam invitum. Sicuti majoris auctoritatis consuetudo, quam jus quod ex necessitate *L.* 36. *de LL.* add. Forcat. *Dial.* 46. *n.* 2. Vaud. 1. *Quæst.* 23. P. Fab. *ad L.* 207. *de R. I. pag.* 793. *et seq.* ubi ostendit quod sicuti post rem judicatam transigi nequit, ita nec post jurejurando decisam.

(22) Caroc. *Quæst.* 22. *principali n.* 1. Seraphin. *Privil. Juram.* 50. Sed hoc ita in decisorio, non item alio obligationi adjecto. Unde hic male arguunt, quod id moram inducat. Jo. Kizel. *Exegesi de oblig. mutui Cap.* 9. *n.* 78 Sed et pro pacto convento cedit *L.* 33. §. 1. *h. t.* (immo majorem vim habet. Vid. sup. *Not. Cap.* 7. *N.* 6.) indeque perimit naturalem obligationem *L.* 95. §. 4. *de solut.* non autem civilem §. *æque* 4. *I. de exc.* Vid. not. *supra Cap.* 7. *N.* 1. Quando juramentum vim expressi habeat. vid. Tiraq. *post LL. Connub. Gl.* 7. *n.* 152. *et seqq.*

(23) Vid. *Not. Cap. praced. N.* 10.

re sine judicio petebat tamdiu bona fide ab illo possessum, cum se dominum fundi esse diceret, ac de eo esset inter eum et possessorem controversia; deferente possessore, *juravit fundum suum esse*. Neque tamen possessor statim eum fundum restituit, neque is qui juravit suum esse, statim egit adversus possessorem, ut sibi fundus restitueretur. Ita factum est, procedente tempore, ut eo usque possideret adversarius, donec illi usucapio impleretur. Non enim conventione petitoris interrupta est usucapio quæ nec judicio et litis contestatione esset interrupta. *L. 2. §. ult. infr. pro empt.* Ex quo et illi possessori præscriptio completa est, ut maxime quis eam illi non proficere quis dixerit: de quo nunc dubitatur. *L. nec bona, C. de præscr. long. temp.* Post id tempus petitor, qui de fundo juraverat, eum fundum ex jurejurando petere instituit. Cum id faciat, perfecta jam a possessore usucapione, quæritur, an recte petat. Movet, quod si directa in rem actione experiretur, qua se dominum esse intenderet, præscriptione temporis summoveretur ab eo, qui usucapione dominus factus esset. Nam si possessori jam domino facto ultro competeret in rem actio; *L. in rem, supr. de rei vind.* multo magis possidenti exceptionem competere dixeris. *L. invitus. §. 1. infr. de reg. jur.* Et ait Julianus, (24) *etiam*; idest, quamvis, *post præscriptionem longi temporis utilem actionem eum habere*. Ait *post præscriptionem*. Hoc sic accipe post præscriptionem impletam. Sed a quo impletam? nempe a possessore, quo deferente, petitor juravit; ei enim soli longi temporis præscriptio acquiri potest, qui diu possedit. *L. 2. L. longi. C. de præs. lon. temp.* quod in proposito is non fecit, qui nunc agit Cur enim ageret, si nunc possideret? aut quid utili actione ex jurejurando ei opus esset, si usucapione quæsitum dominium obtineret? Iam vero quando hanc præscriptionem a possessore impletam esse volumus? Postquam petitor juravit fundum suum esse. Nam si prius quam jusjurandum detulisset possessor, fundum usucepisset, ac deinde deferente eo petitor juraret fundum esse suum; nulla esset dubitatio, quin actio ex jurejurando teneret possessorem: cum nulla nova caussa secuta esset jusjurandum, quæ illi dominium adjiceret. At cum post jusjurandum præscriptionem implevit, ibi nova ex caussa dominus factus consequi videtur, ut dominium aliis omnibus auferat, nec illi obstet jusjurandum, cui nova caussa et nova defensio obiicitur. Arg. in *L. si, mater §. eandem. infr. de exc. rei jud.* Atque hinc hujus loci dubitatio. Ait, *eum qui in hac specie juravit, utilem actionem habere*: utilem intelligens, ex jurejurando, de quo nunc agitur: atque illud innuens, frustra in proposito post præscriptionem a possessore impletam directa actione agi omissio jurejurando; quod si ex jurejurando agatur, ac proinde utili actione recte agi, nec obstare agenti præscriptionem. Cur ergo non obest ei præscriptio longi temporis, quæ a possessore post jusjurandum impleta est? Quia si post litem cum possessore vere contestatam inter moras litis præscriptio impleta esset, nihil ei profieeret: ut effectu perinde esset, quasi nec esset impleta. *d. L. nec bona, C. de præs. lon. temp.* Jusjurandum autem litis contestatæ vim habet, ut supra diximus. Vulgo sic interpretantur; ut dicant eum qui juravit, fundum suum esse, sive juravit post præscriptionem longi temporis a se acquisitam, sive juravit ante, deinde præscriptionem implevit; possessione postea amissa, cum possessio ad eum qui jusjurandum detulerat, pervenisset, etiam adversus hunc utilem actionem ex jurejurando habere; cum dubitari posset, an tantum haberet actionem in rem, postquam usucepit. Quæ sententia inepta est et inutilis. Nam cui potuit (25) esse dubium, actionem in factum ex jurejurando dari posse etiam ei, qui usucepisset? Quod enim res ab eodem usucapta est, non facit quominus de ea re pluribus actionibus agi possit, sed quo magis. Distinctæ sunt hæ caussæ, usucapio jusjurandum. Ideo quo minus ex singulis recte agatur, nihil impedit, *L. et an eadem, §. actiones, infr. de exc. rei jud.* Deinde quid attinuit quærere, an is qui

(24) Convenit Duar. in *Prior. Comm. huc tit. Cap.* 22. *et in Poster. Cap.* 5. *fol.* 869. ac probat. Fachin. 1. *Contr.* 70.

(25) Et de hoc tamen non modo dubitat, sed plane negat Vult *ut not. Cap. præced N.* 4. Sane Caroc. *Quæst.* 24. *principali n.* 4. ex vulgari hac acceptione *dict.* §. 1. putat exceptionem regulæ oriri, quod semel dominus non fiat amplius In quo omnino fallitur. Ut et Zas. *ad dict.* §. 1. et alii qui per actionem utilem intelligunt, *ibidem*, ex præscriptione, inde colligentes ea non nisi utile dominium acquiri. Quomodo et Ræv. *in Tribon. n.* 10. exponit utilem actionem datam ex præscriptione, quam inde probare nititur ex prætoris edicto esse, et in Italici quoque soli rebus locum habuisse.

usucepisset, posset utili actione ex jurejurando petere, cum hujus rei quæstio in judicio incidere nullo modo possit? Aut enim possessor actionem istam utilem a se removebit, quod dicat actorem rem usucepisse; aut de usucapione silebit, nec ad eam actionem removendam alia exceptione utetur. Si ideo non recte utili actione secum agi dicit, quia actor usucepit: ipse se oppugnat, et de dominio actoris confitendo litem dirimit. Sin de usucapione actoris nihil obiicit: quid restat, nisi ut utilis actio ex jurejurando procedat, quasi nulla præscriptio longi temporis actori accessisset?

CAP. X.

De vi judicialis jurisjurandi.

SUMMARIA.

1. *Actio et exceptio edicto promissa ad solum voluntarium, et extrajudiciale jusjurandum proprie pertinet.*
2. *Judicialis jurisjurandi vis et quæ huic cum extrajudiciali communia, quæ diversa.*
3. *Jusjurandum judicio cœpto præstandum sub ipso judice: extrajudicium non est necesse et cur.*
4. *Jusjurandum judiciale interdum revocari non potest.*
5. *Ad judiciale jusjurandum servandum actio aut exceptio inutilis: sententia judicis opus est.*
6. *Sententia ex jurejurando judiciali lata quam vim habeat.*

1 Quæ † de vi jurisjurandi hactenus dicta sunt, de eo (1) dicta sunt, quod extra judicium, seu de re in judicium non deducta interpositum est; quod vulgo voluntarium appellatur. Alia vis et conditio est ejus, quod interponitur in lite et judicio jam instituto. Nec quemquam moveat edictum, quo de vi jurisjurandi ita cautum est (ut quidem id sub hoc titulo propositum et expositum habemus) ut non aliis conditionibus, nec aliis modis placeat jusjurandum servari, quam quos supra diximus. Etsi enim edictum, ubi et quando jusjurandum interponatur, initio nihil exprimit; tamen cum exceptionem et actionem ex eo pollicetur, ex effectis satis declaratur, quodnam genus intelligat: quoniam actio aut exceptio ex jurejurando non alii convenit, quam ei qui juravit, judicio nondum cœpto. Quod ita intelligetur, si docuerimus ei qui post litem contestatam de re controversa juravit, neutram esse necessariam. De quo postea in ratione hujus jurisjurandi tuendi dicendum est. Sed si de vi hujus jurisjurandi verbis edicti cautum non est: unde jus de hoc genere? Partim effectum est ex sententia edicti, partim cautum constitutionibus, ut deinceps in partibus hujus juris exponendis patebit. Sed et hoc jusjurandum, quod de re judicio controversa interponitur, non est unius generis. Aut enim (2) interponitur ex consensu utriusque partis, aut uni altera invita a judice defertur. Illud judiciale: Hoc necessarium vulgo dicitur, ut initio diximus. Quorum et ipsorum cum non eadem vis sit: separatim etiam de utroque dicendum est. Ac de judiciali, quod

(1) Ita et supra *Cap.* 3. *n.* 3. *N.* 2. Sed hæc Donelli sententia, nec sibi ipsi constare videtur. Statuit enim idem ad voluntarium suscipiendum neminem cogi, ut infr. *Cap.* 12. *n.* 2. Atqui et verba edicti sunt, *jurare cogam* *L.* 34. §. 6. *hoc. tit.* Nisi hæc, ut opinor, nostri mens, quod prior edicti pars de jurisjurandi suscepti vi, solum loquatur de voluntario. Posterior autem de necessitate suscipiendi, ut *infr. C.* 12. solum de judiciali: sed verius est et priorem partem de hoc quoque loqui, nec minus hoc quam illud actionem ex jurejurando, itemque exceptionem parere, ut *inf. N.* 5. Partem in aliam nimis deflectunt Borch. *Cap.* 2. *n.* 4. *et* Vult. *ad* §. *item si* 11. *instit. de act. n.* 8. *et* 1. *Discept.* 7. volentes edictum totum solum loqui de juramento judiciali. Vult. amplius unicum locum esse in toto *hoc tit.* de extrajudiciali, nempe *L.* 17. *pr. hoc tit.* Quem tamen *L.* 28. §. *ult. h. tit.* dare refellit. Et plures loci *h. tit.* qui de alio quam voluntario commode accipi nequeunt.

(2) Quod pars litigans defert parti litiganti in judicio. Judice approbante. Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 58.

enm priure majorem conventinnem habet,
2 prius eognoscendum. ÷ Ergo et jnsjurandum quod post litem contestatam de re controversa adversario postulante interponitur, ratum habetur. *L. 1. hic. L. 1. C. eod.* Quod jus ex sententia edieti recte dueitur. Nam si ex edieto valet id, quod ante judicium interpositum est: multo magis servari oportet, quod interpositum est postea, ubj auetoritas judici accesserit. Sed quantumvis proficiscatur et hoc ex litigatorum consensu, ut et superius: non tamen servàtur iisdem omnino conditionibus, neque eodem modo. Ex quo evenit, ut vis quoque nonnihil sit dissimilis. In conditionibus hoc commune, quod judiciale hoc ut ratum sit, easdem conditiones exigit, quas in voluntario et extrajudiciali desiderari diximus. Nam primum volumus ita id servari, si postulante adversario juratum sit: sive litigator ipse deferat approbante judice; sive deferat judex postulante litigatore, ut deferretur. Ut enim judex uni ex litigatoribus deferat altero invito, in dubiis tantum caussis receptum est, et eo jurejurando, quod necessarium vulgo appellatur; de quo nunc non agimus. Itaque in summa exigitur hic quoque id, quod est in edicto, ut quamvis res agatur apud judicem, tamen juretur, delata conditione. Hinc cætera consequentia, quæ ad vim voluntarii et extrajudicialis exegimus: Nempe ut is deferat, qui deferre polnit, quoniam aliler nec videatur delatum et ut recte juretur, quia alioqui jusjurandum non sit: ubi tamen meminisse oportet remissionem jurisjurandi pro jurejurando esse; Et juretur ex conditione delata idest, non revocata conditione, et statim; ubi non ita defertur, ut intra certum tempus juretur; Et iisdem verbis, si quidem id postuletur ab eo qui detulit. Atque hæc, ut dixi, extrajudiciali jurijurando eum judiciali communia, cum de conditionibus ad vim utriusque pertinentibus agitur. Hoc interest, quod judiciale præter superiora aliquid amplius exigit; in conditionibus autem communibus, quas diximus, nonnihil dissimile accidit eirca jurisjurandi revocationem. ÷ Et 3
ad superiora omnia accedere oportet, quod inductum est constitutione Justiniani. *L. generaliter in pr.* illic, *omne igitur*, C. eod. *ut omne juramentum sive a judicibus, sive a partibus illatum* (3) *vel in principio, litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso judice detur:* sic enim verba sunt constitutionis. Loqui constitutionem de eo jurejurando, quod in lite seu judicio defertur, declarat, quod nihil interesse ait, utrum jusjurandum illatum sit in prineipio litis, idest, jam ab initio cum primum per intentionem actoris et inficiationem aut defensionem rei lis contestata est, an in medio, an in definitiva sententia: quæ omnes aperta

(3) Et ita quoque post conclusionem in caussa, vel publicatio processu, et post sententiam appellatione interposita. Caroc. *Q. principali* 5. *n.* 1. Rauehbar. *P.* 1. *Quæst.* 9. *n.* 23 *ac. seq.* Et Gilken. in *L.* 12. §. 1. *Cod. hoc tit. n.* 14. post conclusionem in caussa recusari posse. Et Anton. 19. *Err. Prag.* 9. termino probatorio lapso, exclusum a probatione, etiam a juramenti oblatione: *Arg. L.* 11. *Cod. hoc tit. et per L.* 14. §. 3. *C. de non num. pec.* et idem tradit. Pacian. 1. *de Probat.* 70. *n.* 14. Jure autem Saxon. *Lib.* 1. *Art.* 6. comprobato *Nov. Elect. Augusti* 11. *P.* 1. post litem contestatam aut præstitam guarandam deferre nequit, quia id delationem hanc pro mutatione libelli habet Fachs. *Diff. jur. civil. Saxon.* 52. *inter. diff.* Zobel. 21. *n.* 7. *P.* 1. Sneidvin. *in* §. 11. *Inst. de act. n.* 83. Beust. ad *Rub. h tit. n.* 80. Rauehbar. *Parte* 1. *Quæst.* 9. *n.* 14. *et seqq.* et *Quæst.* 10. *n.* 22. Jacob. Schultes *Obs. forens.* 48. *n.* 16. *et* 3. *seqq.* Quæ dispositio quia exorbitans stricte accipienda Rauchbar. *dict. Quæst.* 9 n. 22. ideóque Moller. ad *dict. Novell.* 11. *n.* 8. *et* 9. super quæstione incidenti aut emergenti deferri posse censet. Quin immo cum Constitutio Saxon. de actore solum loquatur: reo adhuc id licere post judicium receptum, ut veritatem exceptionis committat religioni actoris, judicatum refert Coler. *Decis.* 122. *n.* 10. *et n.* 14. add Zanger. de *Except. Parte* 2. *Cap.* 21. *n.* 74. *et seqq.* Nam etsi regulariter dispositum in uno valere possit etiam in alio; hic tamen dispar merito caussa actoris, qui antequam experitur, perpendere potest, num probationem suscipere, anne ad delationem hanc confugere expediat, nec diu eum vagari ac variare cum rei incomodo permittendum; Et Rei, qui præter spem ad judicium trahitur *L.* 2. *C. de dilat. L.* 6. *C. de temp. in int. Rest.* Adhæc, quia necessum erit, ut ante litem contestatam reus actori deferat juramentum super exceptionibus peremptoriis, que nec ante objiei debent, nec disceptari possunt, ut nos *supr. Lib.* 22. *Cap.* 7. *N.* 7. Nodum igitur in scirpo quærit Andr. Scheffer. *Parte* 2. *Q. Pract.* 12. dum inquirit, num non obsistente d. Constit. Sax. a reo actori deferri possit jusjurandum post actum illum cui alias vis est litis contestationis. Enimvero etsi hanc dispositionem miretur Wesenbec ad Sneidvin. in §. *item si* 11. *Instit. de act. n.* 83. expedire tamen sic statui, ne eis initio et ipsa libelli oblatione delatio juramenti recipiatur, censet posse Anton. Fab. *Cod. sui Lib.* 9. *Titulo* 22. *Art.* 7. Ventura de Valent. *Part. Litig. Lib.* 2. *Cap.* 18. *n.* 20.

judicii partes sunt. Sed et initio ejus legis præfatur Justinianus sibi in animo esse definire de omnibus juramentis, sed quæ in litibus offeruntur. Itaque quod adiicitur, *sive a judicibus, sive a partibus illatum sit*, sic accipiendum est: sive a judicibus solis delatum sit, sive a partibus ita, ut vel pars deferret approbante judice; vel judex quidem; sed desiderante et postulante altera parte, ut planius explicatur in §. *sed juramento, in pr. et fin. ead. L.* Hoc eo spectat, ut intelligamus nihil de jure vetere immutari hac constitutione in eo jurejurando, quod extra judicium interpositum est inter privatos: sed ut ante, ita nunc quoque ex eo et reo exceptionem, et acturi juranti actionem esse, ut edicto comprehensum erat, et expressum est in *L. in duobus, §. ult. hic.* Exigit constitutio, ut quod jusjurandum defertur in lite, seu judicio instituto, detur sub ipso judice. Id valet: ut delatum præstetur coram judice, apud quem agitur, seu audiente eo et cognoscente, quid et quo deferente juretur. Nam quod ad verbum dandi attinet, non tantum veteribus dare et præstare jusjurandum eadem sunt, ut esse constat ex *L. 5. §. dato, L. nam postea, ver. 2. hic.* juncta *L. 1. C. eod.* sed Justinianus ipse in *ead. L.* eodem modo usurpat, ut patet ex §. *sed juramento, et §. his de præsentibus:* ubi utroque verbo in eadem re promiscue utitur. His autem verbis, *sub judice*, ipse ostendit in §. *ult. ejusdem L.* idem se intelligere, quod præsente et audiente judice, non seorsim ab illo. Ergo quod jusjurandum lite contestata delatum alibi præstitum est, quam coram judice, ex ea legé ratum non habetur, ut vitiose, nec jure præstitutum, idest, non ita, ut lex jubet. *L. quoties. supr. qui satisd. cog. L. 3. infr. de test. tut.* Nec vero abs re est, quod placuit in hac specie jusjurandum ita præstari: non utique quia sit in potestate judicis repudiare delationem, ut non prius ea rata sit, quam si judex auctor fuerit, ac proinde ejus præsentia requiratur propter consensum: injungitur enim contra judici, ut delatione amissa, eum cui jusjurandum delatum est, cogat jurare aut solvere. *L. delata, C. eod.* sed judicii ratio, et officium (4) judicis in re cognoscenda ac ferenda sententia istam præsentiam ejus in jurejurando præstando exigere videntur. Judicis est, cum quid ad probationem adfertur, cognoscere diligenter, quale id sit, et in eo æstimare, quid credat, aut sibi parum probatum opinetur. *L. judices, C. de jud. L. 3. §. ejusdem. infr. de testib.* Ergo et illud sciri, jusjurandum in lite esse præstitum, et quam recte præstitum sit; nam jusjurandum pro justa probatione est. *L. 5. §. dato. L. sed si possessori, §. ult. hic.* Hoc vero scire, nisi præsente eo jusjurandum præstitum sit, non potest. Ejusdem judicis est, cum sententiam dicit, certam ferre. *L. pen. L. ult. C. de sent. quæ sin. cer. quant. prof.* Vel hoc maxime nomine audire at cognoscere debet, quid juretur. Sic enim fit, ut sciat, quid sit in jurejurando, ut inde habeat, quid sententia complectatur. Et hoc ita servari placet inter præsentes sine exceptione. Quod si is cui jusjurandum defertur, absit, dum forte per procuratorem litigat; cautum est eadem *L. generaliter*, §. *hic præsentibus.* Si is cognita delatione adversarii susceperit jusjurandum absens, et juraverit: ita ratum esse posse jusjurandum, si judex existimaverit non posse aut non debere absentem evocari jurisjurandi caussa, qui autem jurat, juret *sub actorum testificatione*; deinde *gesta super juramento secuta* judici litis intimentur; sic enim loquitur constitutio. Est autem hæc sententia: ut is qui jurat, ita juret, ut res transigatur apud judicem ejus loci, in quo absens degit, actis intervenientibus: idest, adeatur is judex: apud eum exponatur, huic litigatori de quo agitur, deferri jusjurandum ab adversario; atque ibi is cui defertur, dicat se jusjurandum suscipere, ac juret: res autem gesta actis ejus judicis mandetur: sic deinde acta referantur ad judicem litis, ut is cognita actorum testificatione sciat, quid de re statuere debeat. Sed quoniam hæc ita sunt, si judex existimaverit absentem evocandum non esse: prior hic quæstio est, jurejurando absenti parti delato, quid judex existimare et statuere debeat de absente evocando, aut non evocando: quam et hic attingeremus, nisi magis esset illius loci quæstio, in quo de necessitate jurisjurandi subeundi, aut referendi agitur: quocirca et in eum locum a me rejicietur. Ergo hoc amplius est in jurejurando judiciali, quam voluntario, quod illud proprie dum ex delatione præstatur, præsentiam ac velut auctoritatem judicis de-

(4) Et jusjurandum hoc probationis loco. Judicis autem est existimare quid probatum. Donell. ad *dict. L. 12. princ. n. 4.* Et quod delatio hujus vim non habeat, nisi Judice approbante Gilken. ad *dict. L. 12. §. 1. n. 10.* Oldend. *Cl. 1. Act. 9. in Practica n. 3.* et post citatos plures Jacob. Schult. *Observ. forensi* 54. quem de hoc consule.

4 siderat; hoc nequaquam. † In conditionibus autem communibus, cum de eo agitur, ut juretur, nondum revocato jurejurando: quod utriusque generis commune est: hoc quoque dissimile fit in utroque circa revocationem, quod extrajudiciale delatum, ut juretur intra certum tempus, semper intra id tempus revocari potest: judiciale non semper: quod ex hac re accidit. Nam jus de revocatione jurisjurandi ita est: jusjurandum ita delatum, ut intra certum tempus juretur, posse revocari ante sententiam; post sententiam autem quæ appellatione suspensa non sit, vel quæ ex appellatione confirmata fuerit, non posse. *L. si quis jusjurandum. C. eod.* Ut post hujusmodi sententiam revocetur jusjurandum delatum et necdum præstitum (de eo enim agimus) in jusjurandum voluntarium seu extrajudiciale non cadit: ut proinde metuendum non sit, ne non semper possit revocari ex supra scripta lege; in judiciale potest cadere: quod cum accidit, necesse est ex eadem lege cessare revocationem. Et autem id hac ratione. Nam cum extra judicium res transigitur, prius delatum jusjurandum præstatur aut recusatur, quam ulla sententia, atque adeo judicium ullum intervenerit. Ita non potest dici nondum præstitum post sententiam revocari, ubi præstationem sententia non præcessit. Cum autem de re judicio agitur, judex a quo pars petiit, ut jusjurandum alteri parti deferret, potest statim sententiam ferre, qua jusjurandum deferat adversario, ut sententia valeat: dum ferat hoc modo, ut actore delationem petente ita dicat: si reus intra tot dies juraverit se non debere, eum absolvo: aut contra reo delationem postulante dicat: si actor intra tot dies juraverit sibi dari oportere, reum in tantam summam condemno. Nam has sententias etiam multo ante tempora Justiniani ferri solitas et receptas esse supra diximus, et probat. *L. cum judex, C. de sent. et interl.* Finge ergo ab ejusmodi sententia non appellari. Nempe ex superiore lege frustra is cujus postulatu jusjurandum delatum est, id revocabit, etsi maxime tempora delati jurisjurandi largiantur: quippe rei judicatæ standum est. *L. cum prolatis, infr. de re jud.* Quod si judex sine sententia detulerit, ut juraretur intra certum tempus; aut detulerit ejusmodi aliqua sententia, qualem modo diximus, sed a qua is, quo postulante jusjurandum delatum erat, appellarit: tum is et ante et post sententiam jusjurandum recte revocabit intra tempora constituta: atque adeo si appellavit, quia hoc facto improbavit, ac velut rescidit sententiam, hoc ipso jusjurandum sententia delatum revocasse intelligitur: ut quamvis postea juret adversarius, nihil ei prosit jusjurandum, quia non jam ex delato jurejurando juraverit. Quæ si ita sunt: recte dixerimus neque jurisjurandi genus aut conditionem, neque deferendi tempus in caussa esse, cur non possit unum revocari potius, quam alterum; sed solam sententiam, qua id delatum est, si ab ea non sit appellatum. Illud notandum est, postquam placet etiam post sententiam a qua appellatum sit, revocari posse id quod postulante uno ex litigatoribus alteri delatum erat: ad hoc genus non pertinere id, de quo significatur in *L. generaliter, in pr. C. eod.* cum ita cavetur, si hujusmodi aliqua sententia, qualem diximus, jusjurandum delatum sit, et ab ea sententia appellatum: posse eum cui jusjurandum delatum est, jurare etiam pendente appellatione, non expectata extrema sententia appellationis. Si hoc de eo jurejurando accipimus, quod postulante litigatore delatum est a judice, falsum est. Nam si is qui postularat, appellavit, jusjurandum revocatum est, ut dixi: ut frustra postea ex ea delatione juretur. Si autem is, cui jusjurandum delatum erat: aperte is sententiæ beneficio uti non potest, qui appellando eam repudiare, nec velle ea uti declaravit. Arg. *d. L. si quis jusjurandum, C. eod. L. ult. circ. fi. C. de cond. inser.* Sed de eo jurejurando dictum est, quod judex uni altero invito sua auctoritate detulit, quod vulgo necessarium vocatur, cujusmodi jusjurandum revocari non potest ab eo, qui appellavit: dubitatur tamen, an etiam non revocatum præstari possit pendente appellatione: de quo postea suo ordine dicetur.

Ut † non iisdem plane conditionibus præstitum in judicio jusjurandum valet, quibus voluntarium, et quod extra judicium interponitur; ita et cum suprascriptæ conditiones intervenerint, servandi ratio est (5) dissimilis. Nihil enim hic actione opus est juranti acto- 5

(5) Ita et Donell. *ad L. 8. Cod. hoc. tit. n. 12. et 13. et ad L. 1. Cod. eod. n. 12.* Si in judicio suscepto delatum, non denegari potest in reum actio, quæ jam instituta est, sed is sententia absolvitur, aut si actor juravit, condemnatur. Et Hot. ad §. 11. *Instit. de act.* ad conventionale solum jusjurandum actionem pertinere. Quæ et olim Placentini opinio fuit, non dari actionem ex juramento in judicio præstito, sed expectari sententiam, unde actio. Verum ei adversa omnium aliorum sententia, teste Mudæo ad *d. §. 11. n. 3.* Quinimo Vult.

ri, qui actionem de re de qua juratum est, jam satis constitutam et judicio inclusam habet: quippe quæ jurejurando ejus non tollatur, sed confirmatur. Nihil exceptione opus juranti reo, cum quo judicium jam ante institutum est: quia actor qui cum illo agere cœperat, si post jusjurandum de eadem re agere insistet, non novam actionem instituet, quæ nulla illi nata est, sed in jam cœpta perseverabit, ut quæ sola illi competat. Nulla autem nova actione instituta adversus reum, exceptio illi est inutilis: cum non sit locus exceptioni, nisi ad excludendam actionem, quæ intenditur. *L.* 2. *infr. de re jud.* §. 1. *et deinceps. Inst. de exc.* Et hoc est, cur initio diximus de jurejurando judiciali non caveri verbis edicti, qua parte pollicetur prætor exceptionem et actionem ex jurejurando; sed de eo, quod extra judicium interpositum istas res ad futurum judicium desiderat. Sed hæc maxime confirmari videtur in *L. in duobus,* §. *ult. hic,* ubi cum Paulus, dixis et jusjurandum ex priore parte edicti inducere et actionem et exceptionem: ex eo quærit, quod inde justam dubitationem habet, quid futurum sit, si forte diversis temporibus reus et actor juraverint: ille se dare non oportere; hic dare sibi oportere: et addit nominatim: si juraverint *extra judicium.* Quid opus fuit addere *extra judicium,* si jurejurando de re in judicium jam deducta præstito, æque quæstio procedere potuit? sed ideo additum est, quia aliter non potuit procedere quæstio: et non potuit ideo, quia quæstio ponitur de conflictu actionis et exceptionis: quibus verbis tunc solum locus est, cum nullo de re controversa judicio instituto juratum fuit. Quid ergo hic fiet, cum juratum est in judicio et apud judicem? id quod judicii lex, et officium judicis postulant. Nempe lite contestata, postquam res, quantum potuit, diligenter quæsita esset: sequeretur sententia judicis. *L. de qua re, supr. de jud.* eaque ita institueretur, ut reum non convictum et maxime de se probantem judex absolveret; convictum actoris probatione condemnaret. *L. negantes, C. de act. et obl. L.* 1. *C. de exsec. rei jud.* Idem ergo et jurejurando interposito servari oportet. Jusjurandum (6) pro justa et præter cæteras maxime certa probatione haberi diximus. *L.*

ad *dict.* §. 11. *n.* 10. *et Discept. C.* 7. ut detur actio ex jurejurando requirit, ut sit præstitutum judicio, ex verbis *dict.* §. 11. *postulante* item *adversario* quæ ad controversias solum judiciales spectare ait. Sed hunc quidem refellit satis *L.* 28. §. *ult. hoc tit.* Placentini vero et Donelli opinio convellitur 1.º ex *L.* 8. *Cod. hoc tit.* verbo *actori;* item verbo *remisso,* junct. *L.* 17. *D. hoc t.* 2.º *L.* 3. *princ. h. tit.* Verbis *is cum quo agetur,* et posteri; ipsum *reum,* (alias *d. L.* 8. diceretur *creditor:* item *d. L.* 3. princip. *debitorem*) 3.º *dict. L.* 3. §. 1. *quacunque actione. quis conveniatur:* non dicitur. *conveniri possit.* 4.º *L.* 9. §. *ult. hoc tit.* ubi datur actio, si *petitor* et ita lite contestata *L.* 15. *Rem. rat. hab.*) juravit 5.º in *L.* 28. §. *ult.* vocula *forte* exemplum arguit, non restrictionem, immo hanc removet. 6.º *L.* 30. §. 3. *in popularibus actionibus* scilicet jam intentatis. 7.º *L.* 34. §. 7. ubi ei cui relatum est jusjurandum et ita judiciale *L* 17. *pr. hoc tit.* si jurare recuset, Prætor judicium non dabit, et ita denegatur et hic actio, contra quam Donellus. Non obstat *dict. L.* 34. §. ult. Nam non rarum est, plures ad idem obtinendum actiones dari, sive ut unam eligat actor, sive ut electa quoque ac peracta una, si ea non obtinuerit suum, altera superet. Vid. *not. supr. Lib.* 21. *Cap.* 3. *N.* 4. Et quid si sententia non sequatur, forte eo qui detulit, post præstationem jurisjurandi, judicium declinante: aut, si idem actor fuit, deferente, nec peragente; adversario autem qui præstitit, satis in viribus juramenti confidente. Mudæ. *d. loc.* Gilken. ad *d. L.* 8. n. 10. ostendens doctrinam Donelli absolutam non esse. Quid quod Vultejus contendit nec ex sententia in eodem judicio oriri actionem judicati directam, ut *not. supr. Cap.* 8. *N.* 4.

(6) *L.* 11. *ibi: alias probationes* Cod. *hoc tit. Nov.* 73. *Cap.* 9. *princip.* Et quidem quod vere ac proprie sit probatio, vult Menoch. *Lib.* 1. *Præsumt. Quæst.* 1. *n.* 36. quia, ait confessio omnium probationum maxima. Contraria tamen receptior, quod large probatio dicatur per *dict. L.* 5. §. 2. verbo, *quasi et dict.* §. *ult.* verbo, *perinde haberi.* De quo hinc inde Duar. 1. *Disput.* 26. Vand. *Lib.* 1. *Quæst.* 13. *n.* 11. Pruell. *ad L.* 1. *Cod. de Bon. matern. Parte* 3. *n.* 50. Caroc. *Q. principali* 39. Beust. *ad L.* 3. §. *ult. et* 2. *seqq. hoc titulo n.* 25. *et seqq.* Seraphin. *Privileg. jurum.* 38. *n.* 5. *et* 6. Benckendorff. *ad* Seraphin. *Privileg.* 17. *n.* 15. *et seqq.* Asin. *de Execut.* §. 9. *Cap.* 60. *pag.* 658. Rauchbar. *Part.* 2. *Quæst.* 11. *n.* 25. *et n.* 31. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 20. §. 1. *n.* 60. *ac sequentib.* Sane Modestin. Pist. *Parte* 2. *Q.* 79. judicatum refert, eum cui per sententiam probatio injuncta, non posse deferre adversario juramentum, si ea in rem judicatam transiit. Quia, ait, delatio hæc, verius relevatio ab onere probandi quam probatio Subdit idem, quod juramentum species probationis non habet locum in eo, quod adversario defertur, sed in casibus iis quibus probare licet per jusjurandum proprium. Sane quando probationi locus non est, nec jurisjurandi delationi. Unde si conventus ex cautione liquida paratæ executionis compensationem debiti illiquidi objiciat et rels-

5. §. *dato*, *L. sed si possessori*, §. *ult. hic.* Consequens igitur ut si lite contestata jusjurandum datum sit, ibi judex quasi re satis probata sententiam ferat, qua jurisjurandi fidem secutos reum jurantem absolvat; actore jurante condemnet: quod et faciendum esse præcipitur in *L. jusjurandum et ad* 34. § *ult. hic.* Nec interest, utrum multo post litem contestatam id fiat, an statim apud Magistratum, dum scilicet postquam actor intendit sibi dari oportere, reus negavit (quo facto lis contestatur. *L.* 1. *C. de lit. cont.*) ibi ne susciperetur longior de ea re contentio, statim aut actor reo, aut reus actori jusjurandum detulit. Nam et cum id factum est, magistratus per litis contestationem judex esse cœpit. Quæ res ei has quoque partes imponit, ut statim reum absolvat, si juraverit; actore autem jurante condemnet, deque condemnato tempus legitimum ad solvendum: ut fieret, si debitor in jus vocatus apud magistratum statim esset confessus. *L. si debitori*, *supr. de jud.* Jusjurandum ergo in judicio præstitum sequetur non actio aut exceptio: utraque ad id quod jam in judicium deductum est, obtinendum inutilis; sed sententia judicis, qua secundum jurantem judicetur, ut judicii ratio exigit, atque hoc
6 modo servabitur jusjurandum. ✝ Quo admisso diligenter videndum est, quam vim hujus sententiæ esse velimus. Quid enim? volumus ut sententiam valere? dicendum erit ab ea appellari posse, ut est conditio aliarum sententiarum. *L.* 1. *infr. de app.* Ita eo minor vis erit jurisjurandi, quod ad id confirmandum sententia accesserit; quod est absurdum. Rursum volumus eam ut jusjurandum servari, quia ex jurejurando proficiscitur? ergo si qoid proprium est sententiæ, id in hac sententia non attendemus, et hoc modo sententia erit inutilis; quod in judicio et sententia justa ferendum non videtur. Quid ergo est? Et placuit (7) eam neque per se ut sententiam solam, neque rursum ut jusjurandum solum servari: sed utriusque vim habere, et sententiæ et jurisjurandi; scilicet ut si quid certius sit et firmius in decisione jurisjurandi, quam in sententia sine jurejurando lata, id ad vim hujus sententiæ accedat: et simul si quid amplius præstet sententia, quam per se jusjurandum, id ipsum et hæc sententia complectator. Proinde cum ab aliis sententiis appellari possit: proprium est hujus (8) sententiæ, ut non possit ab ea appellare qui jusjurandum detulit: propter jusjurandum et conventionem; unde sententia nascitur. *Quis enim*, ait lex, *ferendus est, ad appellationis veniens auxilium in iis, quæ ipse faciendo procuravit?* L. generaliter, §. *sed jurnmento*, *C. eod.* Itaque hactenus sententia et jurisjurandi vim habet; nam hoc retractare non licet. *L.* 1. *C. eod. L. quod si deferente*, *supr. de dol.* Qua ratione vere dicitur et hoc, et extrajudiciale jusjurandum majorem auctoritatem habere, quam rem judicatam *L.* 2. *hic.* Sed utcunque proficiscitur hæc sententia ex jurejurando et conventione; sententia tamen est vere, recte atque ordine lata in judicio adversus eum, qui legitima probatione pro convicto habetur. Nam jusjurandum pro justa probatione cedit, ut sæpe jam diximus *d. L.* 5. §. *dato*, *L. sed si possessori*, §. *ult. hic.* Merito igitur et sententiæ potestatem obtinet. Hoc vero interdum plus præstat, quam jusjurandum: quod in his quæ extra rem petitam sententia continet, cernitur: ut in infamia. Nemo enim reus jurejurando adversarii fit infamis, quamvis actor ex famosa caussa sibi dari oportere juraverit: puta juraverit sibi furtum factum esse, quoniam non judicatur, seu damnatur is, adversus quem juratur extra judicium. Solus autem ex edicto notatur infamia, qui furtum fecisse judicatus erit. *L.* 1. *supr. de his qui not inf.* Quod si judicio furti instituto actor deferente reo idem juraverit; placet hoc judicio postea damnatum famosum esse, non aliter quam si aliis idoneis probationibus

gioni adversarii committat, non auditur, ut mora executioni injiciatur. Vid. Jac. Schult. *Obs. forens.* 40.

(7) Quomodo paratam habeat exsecutionem, vid. *supr. Cap.* 8. *N.* 15.

(8) Inconveniens vero ratio Carocii *Q.* 47. *principali* quia nec confessus appellat. Juramento autem vis confessionis. Vis enim immo confessionis. si jurare nolit *L.* 38. *hoc tit.* Melius Seraphin. *Privil. juram.* 102. *n.* 2. quia deferens videtur confiteri id verum esse quod per adversarium juratum erit. Confessionis enim vim non habet juramentum ipsum, neque ex parte jurantis. neque deferentis. sed ejusdem delatio. Idem *Priv.* 103. *n.* 3. Qui et *d. Priv.* 102. *n.* 5. *et* 6. addit. quia vim rei judicatæ habet, et quia in exsecutionem de illo factæ præstitum. Ab exsecutione vero non appellatur. Add. Petr. Gregor 2. *de Appel.* 13. *n.* 2. Borch. *hoc tit. Cap.* 9. *n.* 10. *et seq.* cujus verba more suo usurpat transcriptor Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 8. *n.* 6. *et seqq.* Nam idem obtineat in juramento relato. Vid. not. *supr. Cap.* 3. *N.* 5. Excipiuntur caussæ matrimoniales et spirituales. Seraphin. *dict. Privil.* 102. *n.* 8. *et* 9. Caroc. *d. Q.* 47.

reus convictus damnatus esset. *L. nam postea*, *§. si damnetur*, *hic*. Cernitur hoc idem in expensis litis: in quas condemnari jubetur is, qui ob jusjurandum adversari victus est; cum ex jurejurando extrajudiciali, si quæ impensæ factæ sint, ut ad id perveniretur nulla earum ratio habeatur. Idque est, quod in *L. generaliter*, *§. his de præsentibus*, *C. eod.* jubetur judex expendere impensas hujusmodi. utrum ab una parte præstari oporteat, an ab utraque. Recte Accursius: ab una præstari debere, si una tantum pars et ea adversa juret; ab utraque, si de diversis capitulis delatum sit invicem jusjurandum.

CAP. XI.

De vi necessarii jurisjurandi.

S U M M A R I A.

1. *Etiam per judicem rem jurejurando decidi posse, quod vulgo vocatur Necessarium; et Necessarii a cæteris generibus distinguendi caussa.*
2. *Necessarii jurisjurandi conditiones cum reliquis generibus communes.*
3. *Necessarii proprium, ut deferatur in inopia probationum, et quam inopiam hic accipere debeamus, exposita L.* 3. C. eod.
4. *Nec in semiplena probatione rem decidi posse per judicem jurejurando: refutate sententia vulgaris.*
5. *Inopiam probationum hic accipi debere, cum caussa est dubia, et par utrinque probatio.*
6. *Dubiæ caussæ quæ in* L. admonendi.
7. *In pari probatione litigatorum cur jurejurando per judicem res decidi possit potius quam cum nihil probatur, aut non plene.*
8. *Necessario jurejurando posse judicem in dubiis caussis rem decidere, non etiam necesse habere.*
9. *Necessarium jusjurandum utri ex litigatoribus deferendum.*
10. *Necessarium delatum judex remmittere non potest.*
11. *Necessarii jusjurandi servandi modus, ut secundum eum judicetur, qui juraverit.*
12. *Necessario ex jurejurando latam sententiam retractari posse et appellatione, et novis instrumentis solis post repertis.*
13. *Cur instrumentis solis, non testibus.*
14. *Illa verba L. admonendi*, sed hæ constitutiones tunc locum habere, *quomodo interpretanda.*
15. *Necessarium jusjurandum quo remedio et intra quæ tempora retractare liceat.*

De vi duorum generum jurisjurandi dictum est, voluntarii et judicialis, idest, ut planius dicamus, de vi jurisjurandi, quod a parte parti delatum est, alias extra judicium alias in judicio: quorum illud voluntarium, hoc judiciale vulgo nominatur. Superest de vi tertii generis cognoscamus, idest, de vi necessarii jurisjurandi: sic enim vocant, id,
1 quod in judicio a judice solo defertur. ✝ De cujus natura ne prius quæratur, quam constiterit id receptum esse, ante omnia sic habendum est: non solum inter litigantes negotium transigi posse jurejurando; sed etiam per judicem jurejurando rem decidi posse, ut est in *L.* 3. *C. eod.* Per judicem, inquam, ita, ut ille uni ex litigatoribus deferat jusjurandum invito altero, tum deinde exacto jurejurando, secundum eum judicet. qui juraverit, ut declaratur in *L. admonendi*, *hic*. Jus receptum (1) non edicto, ut est vis ea,

(1) Diss. Theod. Marcil. *in L.* 12. *tab. Collect. et Interpret. C.* 72. *p.* 265. *ac seq.* jusjurandum hoc antiquum statuens. Quod prætor in caussis dubiis *ut d. L.* 1. *L.* 31. *D. h.* detulerit. Quales caussæ depositi sine arbitriis, ut Cic. *Parad.* 3. Terent. *Phorm.* 1. *Sc.* 2. Juvenal. *Sat.* 13. Et ita accipi *Nov.* 73. *C.* 4. qua depositario neganti defertur jusjurandum. Atque huc respici putat, cum apud Plaut. *Circul.* 5. *Sc.* 3. res apud prætorem solvi dicitur (confer Tauman. *ad d. locum* Plauti) item cum creditum abjurare legimus Cic. 1. *Ep. ad Att.* 6. Eodemque refert illud Persii *Sat.* 4.

Si puteal multa cautus vibice flagellas

(quæ tamen alio sensu donat Casaubon. *in*

de qua postea dicturi sumus: sed constitutionibus, ut indicat *d. L. admonendi*. Quo recepto, statim nova hic species facile se ostendit: sic enim intelligimus commune esse ad vim omnis jurisjurandi, ut jurare oporteat conditione delata, quod exigitur edicto prætoris: verum in deferentibus hoc esse discrimen, quod interdum a litigatoribus defertur, nonnunquam a judice. Deferuntur superiora genera dum a litigatoribus: certe deferuntur litigatorum consensu: cum etiam judiciale quod diximus, quamvis judicis verbis delatum, non tamen deferatur, nisi postulante et prius deferente eo, ad quem ea res pertinet. A judice solum proficiscitur id, de quo nunc agimus: Ex quo primum horum generum discrimen apparet: discrimen tamen ejusmodi, quod si solum esset, nihil faceret ad hoc genus distinguendum a judiciali superiore. Dici enim posset omne judiciale pariter ratum esse. Deferri quidem id a judice, alias postulante uno ex litigatoribus adversus quem juratur: nonnunquam etiam invito eo; sed utrum fiat, nihil interesse. Nunc autem ut in eo, quo per judicem res deciditur, alius est qui defert, judex: ita et hoc ipsum longe dissimili conditione et potestate habetur, quam superiora. Quare merito hoc tertium genus facimus, secernimusque a prioribus. De cujus jure ita recte constare poterit, si per eosdem illos locos iimus, qui horum generum naturam continent: ut videamus hic quoque, quibus conditionibus servetur hoc genus; quis sit servandi modus, quæ vis hujus jurisjurandi, et quousque progrediatur. †
2 Conditiones cum superioribus generibus communes hæ sunt. In primis jurari oportet, ut sit jusjurandum, quod servetur. *L. admonendi, hic.* Sed et jurari oportet alio deferente, nempe judice. Semper enim illud tenendum est, iniquum esse quemquam in re sua testem aut judicem fieri invitis iis, penes quos decidendæ rei potestas est. *L. 3. hic. L. nullus: infr. de testib. L. Julianus ait, supr. de jud.* Ideo nec revocari jusjurandum oportet, quod revocatum pro delato non habetur. Et quoniam exigimus, ut juretur delata conditione: fit, ut ex hac quoque delatione jurari oporteat. Quod in eo est, ut juretur in eadem verba, quæ judex præbit, et juretur statim. Quæ ante a nobis sunt exposita, sumunturque prope omnia ex sententia et interpretatione edicti. Hoc amplius, quia defertur præcipue hoc jusjurandum in lite et judicio: etiam maxime (2) præsente judice præstari debet, ex *L. generaliter, vers. omne igitur, C. eod.* Duo sunt in potestate judicis propria hujus generis, cum de deferendo, remittendove jurejurando agitur. Nam in his sacramentis, quæ a litigatore deferuntur, potestas est litigatori, ut videtur, et cum videtur, jusjurandum deferendi, sive aliæ probationes non suppetant, sive idoneæ suppetant: quippe dominus est, qui defert. Licet autem cuique paciscendo et transigendo juris sui persecutionem deteriorem constituere, si cui modo rerum suarum administratio jure adempta non sit. *L. pactum, supr. de pact. §. 1. Inst. quib. ad. li. vel non.* Sed et cum detulerit jusjurandum, si videt adversarium id suscipere, et jurare paratum, potest ei jusjurandum remittere, ut non minus prosit illi hæc remissio, quam si jurasset. *L. 5. §. ult. et L. 6. hic. L. actori, C. eod.* Utrumque aliter in eo jurejurando, quod judex auctoritate sua exigit. Nam neque pro arbitrio deferre id judex potest: et cum detulerit, non potest id remittere, ut ex ea remissione lis decidatur. Neque enim judex dominus est litis, ut liceat ei de re statuere, ut volt. Judex est, ut pro officio judicet; idest, re cognita jus dicat, seu dicat quod legibus et moribus proditum est. *Inst. de off. jud. in pr.* Res ei denique pro officio cognoscenda committitur, non perdenda. *L. judices, C. de jud. L. cum hi, §. si prætor, supr. de trans.* Jusjurandum autem uni ex litigatoribus deferre invito altero, ut secundum eum judicetur, qui jurarit, idque facere nulla justa caussa exigente: hoc maxime est rem non cognoscere, sed perdere. Idemque est, et si jurisjurandi gratiam faciat, ubi jusjurandum exigere jubetur. Merito igitur hæc potestas jurisjurandi deferendi in judice certis legibus inclusa est, ne extra has ille injuriam faceret. † Conditio- 3
nes ad deferendum tres sunt; ut deferat in (3) inopia probationum: ut non in omni

Comm. ad Pers. *ibid.*) Hoc denique proprie judiciale vocari censet: Quæ eadem Rhadamanto via expediendarum litium visa fuerit.

(2) Item adversario. Quem et hic citari oportet, ut veniat et jurare videat, ut recte Stiat. *Obs. Pract. C.* 20. *n.* 10. Gail. 1. *Obs.* 108. *n* 8. Foller. *ad Marant. P.* 6. *Actu* 9. *h. t. n.* 14 Meno *Arb. Ca.* 264. *n.* 27. Beust. *ad L. admonendi* 31. *h. t. n.* 443. *et seqq.* licet ratio ejusdem, quia hæc delatio non ex officio judicis fiat, sed ad partis petitionem, non probanda ut *infr. N.* 22.

(3) Plane Hippol. a Marsil. *sign.* 322. Casum singularem notat, quo post plenam probationem hoc deferatur. Veluti ait, si probavi perfecte me mutuo dedisse, sed non probata

inopia, sed in dubiis caussis: ut cum deferendum erit, deferat caussa cognita. Primum placuit eum jurejurando exacto rem decidere posse in inopia probationum, ut expressum est rescripto Diocletiani et Maximiniani in *L.* 3. *C. eod.* ut sit hæc conditio ad rem hoc jurejurando decidendam, si caussa laborabit inopia probationum, idest, si is qui probare debet, nihil idoneum adferat, quo judex ex fide eorum, quæ probantur, secundum eum judicare debeat. Proinde actore solo recte probante, aut intra justam dilationem probare parato, judex hac decisione non utetur. Quod recte placuit. Probationibus enim suppetentibus jusjurandum alteri parti deferre, ut secundum eum judicetur, aut supervacuum est, aut iniquum. Si actori probanti defertur, supervacuum; quia et sine jurejurando satis probatum est, ut secundum eum debeat judicari: nec ejus jusjurandum quod invito adversario defertur, quidquam ad idoneam probationem adjecerit. Sin actore probante defertur reo, ut secundum eum judicetur, idest, ut absolvatur: aperte iniquum et contra formam juris, cum convictos jure condemnari conveniat. *L. negantes, C. de ob. et act.* Quod secus est, cum probationes deficiunt. Neque enim supervacuum est jusjurandum ad movendum animum judicis, ubi non est alia probatio, quam is sequatur: et potest tum jusjurandum ita deferri, ut lata secundum eum qui juravit sententia, res injuria careat. Recte ergo ante omnia ad hujus jusjurandi delationem inopia probationum exigitur. Sed an quævis inopia hujusmodi ad eam rem sufficit? Et quod ad explicationem superioris rescripti Imperatorum diligenter notandum est, non in quavis inopia probationum locus est huic decisioni: tunc enim non est, cum actor non probavit. Nusquam quidem id diserte iisdem verbis scriptum legimus; sed aperte hæc vis et sententia est ejus regulæ, qua traditur, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstiterit. *L. qui accusare, C. de eden.* Sicubi probationum inopia est, ibi est maxime, ubi actor cujus est probandi onus, non probat: sive quod nihil adferat ad probationem, sive quod non satis. Atqui superiore regula efficitur, in ista inopia non posse judicem deferre jusjurandum alterutri ex litigatoribus, ut secundum eum judicet, qui juravit. Non enim certe actori deferet, ut secundum eum judicetur, idest, reus condemnetur: quia regula hunc absolvi jubet. Sed nec deferet reo, ut non aliter eum absolvat, quam si ille juraverit: vult enim regula non solum eum absolvi, sed etiam absolvi, quamvis nihil præstiterit. Et quidem absolvi reum, jurejurando prius ab eo exacto, injuriosum est; quoniam sine jurejurando si absolvatur, caussa postea sub obtentu novorum instrumentorum retractari non potest. *L. Imperatores, infr. de re jud.* quod non item ei tribuitur, si jurejurando illi delato secundum eum judicetur. *L. admonendi, hic.* Et in hanc sententiam omnes interpretes consentiunt.

Sed videamus ne ita sententia non conveniat cum rescripto superiore, quo de ista inopia cavetur, idest, *d. L.* 3. *C. eod.* Ac primum cum dicamus non in omni inopia probationum posse caussam per judicem decidi jurejurando: an non hæc sententia pugnat cum rescripto, quo generaliter et indistincte de ea inopia scriptum est? Minime. Nihil enim illic definitur de ea inopia; aut si quid: definitio non est generalis. Sic verba sunt rescripti: *inopia probationum, per judicem jurejurando caussa cognita res decidi oportet.* Observandum est, non dici simpliciter rem decidi oportere in inopia probationum: quod si fieret, generalis esset definitio, omnem inopiam hujus generis continens, unde nulla inopia satis commode exciperetur. Arg. *L. metum autem, §. 1. supr. quod met. cau. L. item veniunt, §. petitam, vers. a quo, supr. de pet. her.* Sed dicitur, in hac inopia, oportere rem decidi, caussa cognita. Quo significatur, si quando inopia probationum res jurejurando decidenda est, id faciendum esse, *caussa cognita*: ut definitio rescripti non sit, quando res decidenda sit jurejurando; sed cum decidenda erit, qua circumspectione, seu quo observato sit decidenda. Hac conditione, cum inopia probationum res jurejurando decidenda erit, nihil affirmatur statuiturve de eo, quando id faciendum sit: semperne et in omni inopia; an quandoque et in aliqua inopia certa. Conditio enim nihil statuit. *L. si quis sub, infr. si quis omis. cau. test.* Ita utrum horum sit, dubium relinquitur. Dubitatio ad eos locos, in quibus id declaratur, ut ad regulam suprascriptam remittenda est. Sed etsi definiretur illis verbis, oportere rem per

quantitas. Potest jusjurandum deferri ratione quantitatis, ut tamen judex id moderari possit juxta illud quod verosimile videtur. Et hanc opinionem communem esse post Eman. Suar. *in Thesauro sent. v. creditor* testatur Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 18. cujus fundamentum sit in *C. ex literis* 32. *extr. hoc tit.*

Judicem jurejurando decidi *in inopia probationum:* tamen cum adjicitur, *caussa cognita*, hoc ipso satis definitionem temperari intelligeremus, ut non deberet decidi in omni inopia: quoniam hujus cognitionis pars est, videre ex aliis partibus juris, in qua inopia decidi jurejurando res possit, in qua non possit. Hactenus igitur superior regula rescripto priori nihil adversatur. Sed esto: recte, nec repugnante illo rescripto dicatur non in omni inopia probationum posse rem per judicem jurejurando decidi: attamen cum ad speciem ejus inopiæ venientes, dicimus eam inopiam esse, cum actor non probat; an non hic maximè rescripto adversamur? Imo vero non tam hoc videtur rescripto illi adversari, quam rescriptum ipsum et totum istud necessarium jusjurandum tollere. Etsi enim rescriptum non significat litem per judicem decidi debere jureiurando in omni inopia probationum: tamen hoc saltem efficit in aliqua inopia ita dicidi posse et debere. Alioqui stulte diceret, eum inopia probationum res jurejurando per judicem decidenda est, id fieri debere, caussa cognita. Hac autem inopia probationum sublata, cum actor non probat, quæ inopia alia relinquitur, in qua decisio hæc locum habeat? Quod si nulla est; an non priore illa inopia sublata, aperte et rescriptum illud et *L. admonendi*, et breviter tota hæc potestas rei per judicem jurejurando decidendæ tollitur? Sane vero tollitur, si nulla alia est inopia probationum: quod et omnes interpretes fatentur. Ideo cum illis aliam esse dicimus, in qua jus superius consistat: tantumque hoc superest, ut quænam ea sit, quæratur. Sed hinc difficultas nascitur, quod quænam sit, facile statui non potest. Et vero illa (4) vulgo allata et probata est, quæ si

(4) Ita omnes DD. tradere scribit Beust. ad *L. admonendi* 31. *h. t. n.* 177. intellige antiquos. Ae certe si vel hæc opinio jure non niteretur, vel etiam juri adversa esset, ut Donellus et alii quidam: quia tamen usu judiciorum perpetuo et notissimo ubique increbuit, vel ipso impugnante licet Ant. Fabro 19. *Err. Prag.* 1. *et in C. suo hoc tit. passim* teste, quin jus non scriptum jamdiu effecerit, ambigendum nulli foret. Unde Forst. *de Jurisd. Rom. P.* 2. *lege Numæ.* 3. *Regula* 3. *n.* 57. a divisione hac recedentem comparat ei, qui symbolo fidei relicto novam fidei formam extruat. Et immo vulgata illa probationis in plenam et minus plenam divisio, ac sententia quod hæc jurejurando necessario suppleatur, jure non ignota videtur. Quam et probant Ang. Matthææ. *Lib.* 2. *de Via juris C.* 9. Curt. 2. *Conj. ad* Viv. 18. Forst. *d. loc. n.* 57. *et n.* 61. *ac seqq.* Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 18. Myns. *ad Rub. extra de probat. n.* 44. *et seqq.* Zonnet. *ad L.* 4. *C. de edendo n.* 26. *et seqq.* Beust. *ad L. admonendi* 31. *hoc tit. n.* 431. *et n.* 938. *ac seqq.* Borch. *h. t. C.* 8. *n.* 59. *et seqq.* (ex quo pleraque transcripsit, ceu solet, Setser. *Lib.* 4. *C.* 10. *et C.* 12.) Coras. *ad d. L.* 31. *P.* 2. *n.* 85. *et seqq.* (etsi ipse sibi non constare videatur *ibid. P.* 3. *n.* 31. *ac seq.*) Nec alienus videtur Cujac. 22. *Obs.* 28. *in fi.* verbis: *sed ancipites, aut parum idoneæ et* 4. *Feud.* 36. Eaque sequentibus confirmatur. 1.° Quia jurijurando huic necessario non alio casu locus esse potest. Nam Duareni et Donelli expositio *d. L.* 31. *D. et L.* 3. *C. h. t.* non consistere potest, ut *infr. N.* 16. 2.° Quia ut ostendit Matthææ. *d. C.* 9. *n.* 11. tres gradus sunt quibus acquiritur scientia, aut potius firma essentio in animo judicis. 1.° Levis suspicio, 2.° Vehemens, quæ inducit opinionem. 3.° Plena quæ satis persuadet. Confer. Coras. *in d. L.* 31. *p.* 2. *n.* 56. *et seqq.* Unde Beust. *d. n.* 938. triplicem probationem statuit: Plenam, semiplenam, et quæ nec semiplena: Quæ etsi non locum dat huic juramento, ut suppleatur ab eo, cujus probatione solum suspicio contra adversarium orta; attamen juramentum purgationis huic deferre potest, ut *supr. C* 2. *N.* 2. Bipartito ita licet dividere. Alia perfecta alia imperfecta. Hæc vel proprior illi, quæ perficitur jurejurando hoc, vel remotior, quæ non item. Utraque tamen apta est, aliis junctis, perfici. *L.* 3. §. 2. ibi, *veluti consentiens fama D. de testib.* Et si recte rem perpendimus, perfecta quidem etsi variis rebus effici potest, ad effectum tamen fidei judici faciendæ unjusmodi fere; (nam quod accedit abundat) imperfecta autem pluribus modis in eo variat. Nam et major semiplena esse potest, et quæ proxime absit a perfecta. Veluti duo testes; unus fidei satis spectatæ, alter non plane omni exceptione major, suspicione tamen non gravi laborans. 3.° Ex *d. L.* 3. §. 1. verbis, *scire potes quanta fides habenda testibus*, constat fidem quæ fit judici, recipere intentionem et remissionem, et modo plenam esse, modo non; modo majorem, modo minorem, pro genere probationem dispari. Item *d. L.* 3. §. 2. quæ argumenta *ad quem modum* probanda cuique rei *sufficiant.* Quare uti fides et assensus modo plenius et integer, ut firma persuasio; modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente; ita et probatio, argumentum faciens judici fidem. 4.° Ex *L.* 5. *ac seq. C. de probat.* satis constat plures probationes imperfectas, etsi diversi generis, conjungi et ita firmum assensum mereri posse. Inconvincibile ergo easdem per se quoque et seorsim subsistere alias nec jungi possent,

verum amamus, nullo modo potest defendi. Opponitur nobis hoc dilemma; aut actor probat, aut non probat. Si probat: vincit sine ullo jurejurando; reum enim convictum damnari oportet. *L. negantes, C. de ob. et act.* Si non probat: et sine jurejurando reum absolvi debet ex regula superiore. *d. L. qui accusare, C. de eden.* Itaque utroque modo jusjurandum tollitur. Nec vero aliud tempus occurrit, cum aliud statui oportreat. Quid hic interpretes? Respondent omissum esse hic tertium membrum: cum actor scilicet neque omnino probat, neque nihil, sed probat semiplene. Admittunt igitur actore plene probante, non esse locum isti decisioni, quam quærimus. Ne tunc quidem locum esse, cum actor non probat, ut superior regula loquitur, idest, ut intelligi volunt, cum omnino nihil probat, seu cum nihil omnino adfert ad probationem. Sed superesse dicunt tertium tempus, atque hanc alteram inopiam probationum, cum actor probat non plene, seu cum semiplene probat: veluti, cum testem producit, (5) idoneum quidem, sed unum tantum, non plures; cum jus ut minimum ad fidem faciendam duos exigat. *L. ubi. infr. de testib.* In hac vero semiplena probatione locum dant superiori decisioni, deque ea inopia et *L.* 3. *C. eod. L. admonendi, hic*, interpretantur. Quod ea ratione defendunt, quia qui semiplene probat, non possit dici non probare, cum probet aliquid, etsi non plene. Ex quo illa perplexa, et tam multis vexata quæstio apud illos, quæ sit semiplena probatio, et quibus (6) rebus inducatur: ut cum illæ præcesserint, possit actu-

5.° Quin et in criminalibus judiciorum habetur ratio, quæ imperfecte probant *L.* 22. *C. de fals.* et inquiritur de aliis vestigiis veritatis *L* 5 §. 6. *de re mil. L.* 16. *C. de pæn. et simil.* Nec unquam alias torturæ locus. 6.° Ex *C. ult. in fi. extr. h. t. de jurejuran.* actori quoque juramentum defertur, si præsumptio pro eo, si alia circumstantiæ suadeant. Denique nec rationes contrariæ nimii sunt ponderis, quas ordine refellemus inferius. *N.* 8. etc. ubi et æquitatem ac utilitatem dissentientibus adversari, ac pro nobis facere ostendemus.

(5) Ubi in persona testis requiritur ut integræ sit existimationis, ac omni exceptione major, suspicione vacuus. Sichard. ad *d. L.* 3. *C. h. t. n.* 13. *et seqq.* Coras. *ibid. Part.* 3. *n.* 36. Beust. *ibid. n.* 1127. *et seqq.* et Gilken. *n.* 13. A. Fab. *C. suo h. t. Defin* 4. *et Defin.* 30. Seraphin. *Privil. juram.* 33. Ubi *n.* 50. *et seqq.* hanc qualitatem probandam esse docet. Licet enim alias, inquit, bonus quilibet præsumitur, non tamen omni exceptione major, neque etiam bonus omnino, cum de alterius præjudicio agitur *C. cum in jure* 31. *de off. deleg.* Et hæc quoque ante eum, mire commendans prodidit Zuehart. *de Miss. in posses. ex L. fin. C. de ed. D. Adr. toll. n.* 110. *et seqq.* Quod si obtineri in foro potest, maxime notabile est. In persona producentis, ne præsumptione contraria, vel minima oneretur. Vid. Beust. in *d. L. admonendi n.* 1149. Myns. 5. *Obs.* 68. Marsil. *Sing.* 451. Cravet *de Antiq. temp. P.* 1. §. *ult. n.* 29. Curt. 2. *Coni. ad Vic.* 18. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 4. *et defin.* 44. *n.* 13. Meno. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 83. *n.* 1. Confer. idem *d. Lib.* 1. *Q.* 32. In caussa et negocio, ut et duo testes ad plenam probationem in eo sufficiant. Non si id plures exigat. Coras. in *d. L. admonendi* 31. *P.* 3. *n.* 39. Quod tanto minus dubii habet si ad solemnitatem plures lex requirit. Quare nec duobus vel tribus testibus testamentum semiplene probatur, ut Coras. *ibid.* Imo ne 6.° quidem efficient huic delationi locum. Sed et ubi duo solum testes, sed pro forma requiruntur, unus nil prodest. Herculan. de *Probanda negativa n.* 280. Nec natura ejus ea fit, ut plures facile haberi ac produci possunt. Veluti si de fama, consuetudine, notorio, valore rei et id genus aliis probandis agatur. Coras. *d. n.* 39. Beust. *ibid. n.* 36. *et seqq.* Seraphin. *Privil. juram.* 33. *n.* 27. Janin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 25. *et seq.* Denique in ipso dicto ac depositione, ut sit verosimilis, non remota a natura negotii. Rudolph. Volckmar. Hess. *Pract. Concl. de testib. Cent.* 5. *Concl.* 85. *n.* 61. ut directo super ea re, nec de ejusdem indicio aliquo fiat, ratione vera ac concludente reddita: veluti quod interfuerit, cum mutuo daretur, numerari viderit. Non si audivisse se dicat confitentem, aut scire se quod vicinius sit, aut cognatus. Quod declarantem vid. Beust. *d. loc. n.* 1141. *et seqq.*

(6) Plerisque hæ referuntur. 1.° Unus testis juxta ea quæ *N. præced.* Nam si duo, plenam fidem faciunt; unus semiplenam, quia idem jus partis, quod totius. Ita DD. vulgo. Cravetta de *Antiq. temp. P.* 1. §. *propositum n.* 32. Beust. ad *L. admonendi n.* 1128. *et seq.* Stieh. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 14. Gilken. *ibid. n.* 13. Forst. de *Jurisd. Rom. P.* 2. *lege Numæ* 3. *n.* 61. Collectio vitiosa, ait Cujac. ad *C. licet* 23. *de testib.* Perinde ac hæc: Numerus incipit a duobus. Ergo unitas est seminumerus. Sed nec hæc belle convenire videntur, neo rite a Cujacio fit collatio. Neque enim DD. vocant semiprobationem aut dimidiatam, sed semiplenam. Numeri sane quævis pars est numerus, modo numerari possit, nec multitudinem aliquam habeat, cui unitas opposita. Licet Alberic. Gentil. *Lect. Virgil. Cap.* 6. nec binarium pro primo numero agnoscat, sed

ri deferri jusjurandum a judice, quo secundum illum judicetur, cum juraverit: cumque de ea multa scripta sint, nondum tamen inter eos, quid esset ista probatio, potuit constare. Atque hæc summa est et una prope omnium sententia de hac decisione. Quid ergo, si ne in ista quidem inopia semiplenæ probationis potest lis per judicem jurejurando decidi, non magis quam cum actor omnino nihil attulit ad probationem. Non modo istorum solutio, et disputatio omnis de semiplena ista probatione evanescit: sed una etiam objectio superior confirmatur, atque adeo ipsorum quoque sententia redit eo, ut nusquam isto jurejurando possit lis decidi per judicem, quoniam actore probante hanc decisionem repudient: in inopia autem probationum nullam inopiam hujusmodi agnoscant præter has duas, cum actor omnino non probavit, et cum probavit semiplene.

4 Atqui quod † ad refellendam istam sententiam vulgarem necessario dicendum sit: certo statuendum est (7) non magis in semiplena ista probatione, quam vocant, posse res decidi per judicem jurejurando, quam tunc cum actor nihil contulit ad probationem. Neque ad id statim evincendum alia re magnopere opus est, quam ea ipsa regula superiore, qua ad removendum jusjurandum in altero genere utuntur. Cur enim volunt rem isto modo decidi non posse, cum actor, ut loquuntur, omnino nihil probat, idest, ut sentiunt, nihil plane adfert, quod conferre possit ad probationem? quia verba regulæ ita sunt, actore non probante reum obtinere: his autem verbis, *actore non probante* continetur is, qui omnino nihil probat. Si hoc ita est, ut concedendum est omnino; dicendum est ex eadem regula nec tunc ei decisioni locum esse, cum actor semiplene probat: quia et eum qui plene non probavit, pariter verum est non probasse: et si amplius quærimus, pariter verum est nihil probasse. Quid est enim (8) probare? non quidvis dicere aut facere, ut probes; sed legitimis et jure proditis modis litem facere. *L.* 4. *L. cum res, C. de prob. L. cum citra, C. de fur. dot.* ut, si rationibus quid colligas, argumentum sit

ı rnarium. Probationem autem vere dici posse, etiam quæ plene non convincit, ex ante dictis liquet. 2.° Duo testes non omni exceptione majores, Seraphin. *Privil. juram.* 33. *n.* 48. item si unus perfecte idoneus, alter non item, fiet hic probatio semiplena major. Unde aptius dici, probationem imperfectam ostendi, *supr. N.* 4. 3.° Scripturæ privatæ. 4.° Comparatio litterarum. 5.° Confessio extrajudicialis. 6.° Fuga, de quibus exactius tractare loci præsentis non est. Vid. de iis Coras ad *L. admonendi. P.* 3. *n.* 30. *et seqq.* Beust. *ibid. n.* 940. *et seqq.* Myns. ad *Rub. extra de probat. n.* 44. *et seqq.* Sichard. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 13. *et seqq.* Gilken. *ibid. n.* 10. *et seqq.* Damhuder. *Prax. Civ. C.* 180. Forst. *de Jurisd. Rom. P.* 2. *lege Numæ.* 3. *n.* 61. *et seqq.* 7.° Fama. Beust. *d. loc. n.* 80. *et seqq.* Myns. *d. loc. n.* 47. Forst. *n.* 78. *et seqq. etc.* Verum eam non vere, sed præsumptive semiplenam probationem esse, adeoque adjuvantem potius et ideo non locum facere huic juramento. Seraphin. in *d. Privil.* 33. *n.* 39. *et seqq.* Benekendorf. in *addit. ibid. n.* 43. *et seqq.* 8.° Præsumptio gravis. Quæ num probationis species, sit, hic non contendo. Modo id concedatur, similem in eo esse semiplenæ, ut ea munito jusjurandum hoc recte deferatur. De quo consule Menoch. 1. *Præsumpt. Q.* 82. Sich. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 12.

(7) Ita et Don. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 4. *et* 5. *et ad L.* 4. *Cod. de ed. n.* 10. Cui consentiunt Duar. 2. *Disp.* 33. *in Prior. Com. h. t. C.* 30. *et in Poster. C.* 7. Brouch. 2. *Enant. Ax.* 93. Ant. Fab. 19. *Err. Prag.* 1. Quo et propendet Pinel. in *L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 3. *C.* 4. *n.* 13. ac Coras. in *L. admonendi* 31. *h. t.* Qui licet doctrinam nostrorum de semiplena probatione pluribus pertractet, tamen *ibid. P.* 3. *n.* 31. *et* 3. *seqq.* ab interpretibus, ut pleraque, confictam censet. Sed et Gilken. ad *tit. C. de probat in Prælud. n.* 16. Semiplenam, quæ dicitur in eum gradum non assurgere, ut probatio dici mereatur. Sed hic, opinor, quoad rem ipsam et effectus quæ isti tribuunt a DD. vulgo, non dissentit; alias et sibi ipsi adversatur, ut ad *L.* 3. *C. h. t.* Solum de appellatione illi contentio videtur. Rationes Donelli ordine expendamus.

(8) Ita Gilken. ad *tit. C. de prob. in Prælud. n.* 16. Id probatum quod jure definita ratione probatum. Arg. *L.* 4. § 6. *de re jud. et simil.* Et sicuti is nullum balneum aut stadium tradidit, qui rei propriam formam non dederit, ita nec qui aliquem gradum probationis constituit. Sed resp. Hæc argumentatio petitione velut principii laborat. Id enim ipsum est, de quo contenditur, anne omnino jus præscribat, ne quidquam in judiciis admittatur, nisi ex quo uno solo perfecta rei gestæ fides astruatur. Qua ratione non aliæ rationes audirentur, nisi quæ seorsim per se quæque essent quasi apodicticæ, non alia instrumenta, nisi ubi per se quodvis sufficeret. Ast jure immo contra cavetur. Nam et instrumenta domestica et privatæ testationes ac rationes non repudiantur, modo aliis adminiculis juventur *L.* 5. *et* 6. *C. de prob.* et ut *ibid.* non sufficiunt solæ; sufficere itaque possunt, aliis junctis.

ejusmodi, ex quo id quod concludere vis, necessario consequatur. *L. neque, C. de prob.* Si probatio sit in testimonio, instrumentis utaris aut testibus. *L. 1. C. de testib.* Instrumenta sint indubitata. *L. ult. C. de prob.* Testes conditione personæ idonei. *d. L. ult. C. de prob. L. 2. L. 3. infr. de test.* numero plures, ac cum minimum duo. *L. ubi, infr. de test.* Proinde qui hæc non præstitit, is juxta definitionem absolute non probavit. Nec minus verum est, eum plane nihil probasse: quidquid enim jure fieri debet, si id ita factum non est, ut jus præscribit, quantumvis aliquid feceris: quia vitiosa factum est et contra jus, ubique pro nullo, proque infecto habetur. *L. non dubium. C. de legib. L. quoties. supr. qui satisd. cog.* Id speciebus propositis magis intelligetur. Propone aliquem producere testes, sed domesticos, aut pecunia corruptos, aut alia suspicione laborantes. Tam hic non probavit, quam si nullos produxisset. *L. 3. in pr. infr. de testib.* quippe jus exigit idoneos. *d. L. ult. C. de prob.* Propone testem esse productum, et eum omni exceptione majorem: sed unum tantum, cum lex exigat saltem duos. Nihilo plus egerit hac productione actor, quam si nullum produxisset, eoque omnino hoc facto nihil probavit. Quid enim, si hic nullum produxisset? Omnes eum concederent nihil probasse. At unum testem perinde lex habet, quasi nullus esset productus: unius enim testimonium non solum admitti, sed etiam (9) omnino audiri vetat. *L. jurisjurandi, C. de test.* Neque vero certius argumentum est, istam quam vocant semiplenam probationem non esse, probationem, quam quod ab illis dicitur semiplena. Quid est enim (10) semiplena, nisi non plena et imperfecta probatio? Quidquid autem jure imperfectum est, nec factum intelligitur, certe tam jure non valet, quam si omnino factum non esset: usque adeo ut apud juris auctores imperfectum et inutile pro eodem usurpentur. Quis testamentum fecit? idem qui perfecit. Imperfectum testamentum jure non est testamentum. *L. si testamentum, L. si is qui, infr. qui test. fac. pos. L. has consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* Quæ est stipulatio utilis? jure perfecta. Imperfecta autem stipulatio eadem dicitur, quam jure pro non facta esse intelligi volunt, eoque inutilem. *L. ita stipulatus, 115. infr. de ver. obl.* sic dicitur imperfecta transactio in *L. in summa, in pr. infr. de cond. ind.* Sic imperfecta emptio in *L. in venditionibus, infr. de cont. empt.* Quid ergo? inter eum qui produxit unum testem, et eum qui nullum produxit; denique inter eum, qui aliquid attulit ad probationem, quamvis non satis, et eum qui omnino nihil attulit, nihil interest? Sane vero nihil interest, quia uterque pariter non fecit, quod jus desiderabat. Et ideo excutiamus, licet, omnes veterum sententias de probationibus: nusquam tamen, quod sciam, (11) occurret verbum istud simiplenæ probationis: nusquam locus, ubi hæc non posset probationem, eam quæ ex unius testis dicto, impleat suo Anton. Fab. 19. *Err. Pragm.* 3. Stringerent hæc, si idem penitus tribueremus huic jurijurando accedenti testis unius depositioni, quod duobus testibus tributum. Ast immo hic plura spectanda. Duo enim testes fidem faciunt in caussa quoque graviori, etiam pro eo qui ipse vitæ non plane probatæ; ac etsi adversa actori præsumptio: quippe quam probatione perfecta vinci certum est. Neque ibi sententia obnoxia retractationi ex novis instrumentis ut hic *infr. h. C. N* 26. *etc.*

(9) Ita et A. Fab. 19. *Err. Pragm.* 1. Sed Resp. Non auditur: non quod judex ob singularitatem plane arceat, sed quia non is effectus, ut exinde condemnatio sequatur. Nam ratio dubitandi *d. L.* 9. in spectata integritate, ac fide testis. Unius testimonio non est credendum *L.* 20. *de QQ.* perfecte scilicet Credere est plene assentiri. At potest inde suspicio moveri. Nam in *L.* 3. §. 2. *in fin. de testib.* opponuntur: quid aut credas, aut *parum probatum* opineris. Non ideo tamen qui parum probavit nihil egit, licet judex inde non debeat *credere*, seu penitus assentiri. Enimvero hoc dandum, etsi unico teste spectatæ fidei probatio semiplena fiat, ut *supr. N.* 5. Non protinus tamen inde recurrendum ad hoc juramentum, sed et multa alia perpendenda judici discreto: anne actor quoque vir gravis et cui res certo comperta sit, et caussa non adeo ardua; aliasque circumstantias adesse oportet. Unde non obstat quod hoc jurejurando præstito actor ipse vicem alterius testis subire videatur, cum tamen in caussa sua nullus idoneus sit. Quodque absurdum sit, ut qui filii aut domestici testimonio implere non

(10) Respond. Inutilis semiplena, nec ei vis ad condemnationem, si talis manet. Ast si vel alia juncta, vel jurejurando non suppletorio perficitur, semiplena non est amplius.

(11) Ita Coras. *ad L. admonendi* 31. *hoc t. Part.* 3. *n.* 31. Et jurisjurandi quoque suppletorii nusquam mentionem fieri Ant. Fab. 19. *Err. Pragm.* 1. Sed prius refellitur satis ex dictis *supr. N.* 4. Ac licet *suppletorium* in jure non usurpetur, res tamen ipsa non ignota. Idem enim est quod in Rub. *D. h. t.* vocatur necessarium et de quo *L.* 3. *C. h. t.*

justa probatio vocetur probatio, distinguatur que ab ejus facto, qui quovis modo non probavit. Interpretum hæc vox est, quam, dum se difficultate hujus loci expedire conantur, excogitarunt: re non minus veteribus ignota, quam verbum apud eos est inauditum. Quare si actore non probante reus omnimodo et sine jurejurandu absolvendus est ex regula juris; omnino id et tunc faciendum est, (12) cum actor plene non probavit; quoniam et hunc jure non probasse verum est. Nihil autem amplius regula exigit, quam ut actor non probarit. Quod si quis his verbis significari putet eum, qui omnino nihil probavit: demus hoc quoque. Sed et hinc etiam in eo, qui plene non probavit, idem faciendum esse colligemus. Nam et hic qui jure non probavit, et cujus imperfecta jure probatio est, plane nihil probavit: quia hujus probatio jure perinde habeatur, ac si nihil probasset, nihil egisset denique, ut in omnibus rebus jure imperfectis accidit. Atque hæc ita sunt: etsi de reo omnimodo absolvendo nusquam planius cautum esset, quam his verbis, actore non probante reum obtinere, quamvis nihil ipse præstiterit; quia satis doceatur quovis modo eum non probasse, qui jure et plene non probavit. Nunc autem aliis partibus juris de eo ita comprehensum est, ut jubeatur reus omnimodo absolvi, si actor intentionem suam non implerit, ut *L. ult. C. de rei vind. L. negantes, C. de obl. et act.* Quibus locis omnis tergiversandi ansa præciditur. Quid est enim implere intentionem, nisi probationem ejus implere? et quid est implere ejus probationem, nisi plene intentionem probare, quibus modis jure id fieri receptum est? Quod cum ipsum (13) verbum per se satis indicat, tum aperte probat *L. 1. C. de prob.* ubi non solum ab actore exigitur, ut impleat, cum sit ejus plene probare, sed etiam implere intentionem, et ejus probationem præstare in eadem re ponuntur. Ex quo apparet superioribus lo is hoc dici: actore quovis modo non probante, sive is omnino nihil probet, ut isti loquuntur, sive probet aliquid, sed probationem non impleat, idest, non plenam et justam adferat, et ut loquuntur, probet tantum semiplene; utroque modo pariter reum absolvi debere, etsi nihil ipse aliud præstiterit. Utque sententia ista de semiplena probatione certa auctoritate superiorum locorum refellitur: ita per se non minus repudianda est, ut inutilis et iniqua. Nam primum quid aliud, quam materiam præbet litibus? Hac enim sententia introducta, licere judici rem decidere jurejurando, ubi actor semiplene probavit, ut jurejurando ab eo exacto secundum eum judicetur: statim dicet (14) actor, quodcunque pro se attulerit vel levissimum, se probasse semipleue, ut si reus neget, incipiant de eo lites nasci. Quando autem ab istis hæc controversia decidetur, qui tot scriptis nihil adhuc de ea certi statuere potuerunt? nec mirum: cum non solum nullum sit verbum de hac probatione apud juris auctores, sed etiam in eo genere res principiis juris plane contraria

Sed et *in L. 1. D. h. t.* verba *vel ex auctoritate* etc. continent hoc quoque jusjurandum: imo ex quorundam opinione id solum significant, ut Vultei. *Disc. scol. Cap.* 7.

(12) Ita et Duaren. 2. *disput.* 33. Sed his facile occurritur ex iis quæ ipse Donell. *ut C. seq. N.* 6.

(13) Ant. Fab. 19. *Error. Pragm.* 1. Sed Respond. et hic accedente juramento fit plena probatio et impletur intentio, ubi ei qui certis monumentis aut documentis fidem aliquam fecit, judex jusjurandum hoc detulit et id præbitum.

(14) Respond. Quasi vero hic multum referat quid actor, vel reus dicant, aut negent. Nec potius sit judicis scire, quanta fides habenda sit, et ex omni sui sententia æstimare, quid aut *credat*, aut *parum probatum* opinetur *L. 3. §. 1. et 2. de testib.* Ac immo, negata omni vi imperfectæ probationi, summa iniquitas. Ita enim nec diversi generis probationes unquam jungi possent, et perquam rarissime suum actores obtinerent, quin plerique vel in justissima probationum inopia succumberent. Ecce enim frequentissimum est credi pecunias, modicæ præsertim summæ, nudo chirographo accepto. Exinde, reo manum diffitente, non perfecta probatio nisi tres testes adhibiti et comparatio quoque litterarum hic multa requirit. Ea ex Donelli quidem sententia nimis restricta est: de quo *supr. ad L.* 20. *et auth. seq. C. de fid. instrum.* Quid igitur si actor homo fidei probatæ, reus forte vilis et levis, Hic chirographum suum negat. Comparatione scripturæ convincitur, probatio hæc imperfecta. Accedet unus testis qui numerari viderit, vel si nec hujus copia, jusjurandum sibi deferri hoc exigit actor. Nonne hic major ratio pro actore, ut præbito sacramento obtineat, quam pro reo, ut tanquam nulla probatione convictus absolvatur, etc. Quid item si præter comparationem adsit confessio extrajudicialis, itemque alia præsumptio pro actore: nonne æquius est, quæ per se singula non prodessent, ut juncta probent; quam ut reus, vel nullo contra præstito, vel etiam ei prius delato juramento, si levis sit et facile pejeraturus, absolvatur.

inducatur. Eadem sententia semel recepta, magna fenestra aperta est malis et imperitis judicibus pro libidine pro hoc aut illo pronuntiandi. Quidquid enim pro alterutro allatum erit, semper judici color paratus est ad jusjurandum illi deferendum: dum dicet eum semiplene probasse, qui revera nihil idoneum attulerit: facileque ei erit in spinosa illa et perplexa quæstione de semiplena probatione latebram sententiæ invenire. Postremo ut maxime semiplena ista probatio de istorum quam apertissima sententia adferatur ab actore: tamen si liceat propter eam deferre jusjurandum actori, ut deinde secundum eum judicetur: non potest, quin circumveniatur jus civile, et reus manifesta iniuria afficiatur. Non enim difficile erit (15) actori reperire unum testem in speciem idoneum, quo producto impetret, ut sibi jusjurandum deferatur, sic deinde pro ipso judicetur. Quod si fit, aperte fraus fit juri civili: dum qui eo jure recte vincere non poterat uno teste, *d. L. jurisjurandi, C. de testib.* obliqua via consequitur, ut vincat. Sic et fiet iniuria reo: qui eum nisi justis probationibus convictus non potuerit damnari, hic tamen damnetur non justa probatione. Neque enim unus testis jure audiendus est, nec jusjurandum actoris adversus invitum pro idoneo testimonio haberi debet: est enim domesticum, cujus fides omni jure improbatur. *L. 2. C. de testib.* Quis ergo locus relinquitur isti decisioni, quam rescriptum superius, idest, *L. 3. C. eod.* statuit? Non relinqueretur ullus, si ut vulgo putant, duæ tantum essent istæ species inopiæ probationum, cum actor nihil omnino attulit ad fidem faciendam, et cum attulit, sed quod jure non sufficeret, ut satis docuimus. Sed est tertium genus hujus inopiæ, quod istos fugit. Male enim concesserunt tune non posse rem decidi jurejurando per judicem, cum actor probavit. ÷ 5
Tune quidem non potest, cum actor solus probavit: ubi necesse est reum, qui ad defensionem nihil attulit, idonee convictum damnari cujus rei rationem supra reddidimus. Sed est tempus, cum actor probet, et plene probet: verum non solus; sed contra pro se reus, nec minus plene, ut sic efficiatur par utrinque probatio. Finge hoc modo: Actor intendit se Calendis Januariis Romæ decem mutua dedisse Titio, et probat idoneis testibus. Titius contra contendit se eo die alio in loco fuisse, et in eam rem producit itidem testes idoneos, quantum satis est. Hic vero exsistit tertium illud genus, quod dicimus. Facit enim hæc paritas probationum, ut non minus caussa laboret inopia probationum, quam si nihil probatum esset: cum unius probatio alterius quodammodo probationem excludat. In hac demum inopia locum habet, quod præcipitur, ut res per judicem jurejurando caussa cognita decidatur. Et vero, prioribus sublatis, in alia con iatere hæc decisio, aut de alia intelligi. *L. 3. C. eod.* non potest. Id primus eum viderit, et docuerit FRANCISCUS DUARENUS, cujus exstat de hac re interpretatio (16) *Lib. 2. Disput. anni. cap.* 33. magnam illi ingeniosæ

(15) Ita Coras. *ad L.* 31. *h. t. P.* 3. *n.* 32. Sed Resp. hoc jusjurandum non in omnibus caussis receptum, nec in omni litigatore, sed et plura requiruntur, in persona et caussa ut deferri possit, vid. *supr. N.* 5. *et infr. N.* 22. Nec idem consequitur, suo solum facto et voluntate, dum se ad jusjurandum offert. sed judicis officio, qui circumstantiis rei probe perpensis non cuivis, nec temere deferre debet. *C. ult.* §. *extra hoc tit.*

(16) Et in Prior. *Comm. hoc tit. C.* 30. *et in Poster. C.* 7. et probant Bronch. 2. *Ax* 93. ac Anton. Fab. 19. *Err. Pragmat.* 1. Sed hæc expositio juri plane adversa sententiam falsam continens. Nam immo hic sententia pro reo etiam citra jusjurandum medium ferenda *C. ex literis* 3. §. *ult. de probat. C. inter dilectos* 6. *de fide instru.* Reo enim æque perfecte probante objectu contrariarum probationum, se mutuo quasi elidentium, res eo redit, ac si neuter quidquam probasset. Argum. *L. ubi pugnantia* 188. *de reg. jur.* Proinde absolvi hic reum debere magno consensu nostri docent. Post plures relatos Vivius ita judicatum testans. *Lib.* 2. *Decis.* 236. *n.* 4. Vasq. 2. *Controv. Usufreq.* 30. *n.* 12. Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 6. *et* 2. *Arb. Casu* 98. *ac* 2. *Præsumpt.* 72. *n.* 13. Fr. Herculan. *Tractat. de Probanda negativa n.* 74. *et seq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. tit. de Probat. Resol.* 2. *n.* 23. Schrad. de *Feud. Part.* 6. *Sect.* 20. *n.* 204. Rulant. de *Commissar. Part.* 1 *Lib.* 2. *C.* 19. *n.* 13. Matth. Wesenbec. *Consil.* 13. *n.* 3. *et* Petr. Wesembec. nominatim Donellum refellens *Consil.* 28. *n.* 7. Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 7. *n.* 13. *Tomo* 2. *Lib.* 1. *Decis. ult. n.* 2. et paulo post citati. Ac ratio evidens, cum generale sit in pari caussa promptiora jura esse ad liberandum, vulg. LL. Quod et Aristot. *Problem. Sect.* 29. *Q.* 13. scite comprobat. Ut mirari subeat, qui ista adeo valde improbabilis opinio probari tantis viris potuerit. Qui vel ex suis satis traditis confutantur. Nam si ubi actor uno teste probavit et reus nihil, hic absolvendus, ceu illi volunt; magis quando actor duobus, et reus totidem. Quin immo etsi actoris probationes in aliquo excedant, adhuc pro reo pronunciandum. Menoch.

et veræ commentationis, ut et aliarum infinitarum laudem et gratiam deberi arbitror. Ac cur in prioribus generibus duobus hujus generis inopiæ non possit locus huic decisioni assignari, satis me puto antea demonstrasse.

Superest, ut quam recte rescriptum Imperatorum de hac inopia et ille et nos interpretemur, paucis doceamus. Et non potest id certius intelligi, quam si doceatur jus hoc proditum esse aliis locis a juris auctoribus, iisque ætate prioribus. Nemo enim negaverit Diocletianum et Maximianum Imperatores auctores ejus rescripti, idest, *L.* 3. *C. eod.* locutos esse accommodate ad sententiam ejus juris, quod ipsorum ætate in usu erat. Quod autem tum usurpabatur? id quod Cajus refert in *L. admonendi*, hic. *solent*, inquit, *judices in dubiis caussis exacto jurejurando secundum eum judicare, qui juraverit.* De eodem genere rescribentes Imperatores, non dubium est, quin caussas inopia probationum laborantes easdem illas intelligant, quas
6 Cajus dubias nominat. † Quas ergo apud Cajum accipimus dubias? utrum cum vulgo eas, in quibus actor plene non probavit? Nequaquam vero hæ dubiæ dicendæ sunt, in quibus ex jure certum habet, judex, quod sequatur. Palam est enim eum non probasse jure, qui plene, idest, idonee non probavit. Ex quo efficitur etiam eum simpliciter non probasse: actore porro non probante, et plene non probante, jus certum est, eum nulla etiam alia re præstita absolvi debere. *d. L. qui accusare, C. de eden. d. L. ult. C. de rei vend.* Quæ sunt ergo caussæ dubiæ? an non eæ, in quibus par utrinque probatio judici dubium facit etiam ex jure, quid in alterutram partem sequatur? omnino: neque vis et significatio alia huic verbo subiicitur. Quod tamen ex usu Latine loquentium dilucide probat (17) Duarenus eo loco Terentii in *Phormione*, ubi Phormio cum dixisset, *cœnam dubiam* apponi: interrogatus quidnam hoc verbi esset, respondet eam esse,

..... *Ubi tu dubites quid sumas potissimum.*

non enim aliter caussa dubia, quam cœna

Arb. Cap. 98. *n.* 4. et seq. Gail. *de Pignorat. Obs.* 22. *n.* 13. Sixtin. *Cons. Murp.* 8. *n.* 103. *Velum.* 3. *et* vult. *Cons. Marp.* 18. *n.* 124. *Vol.* 3. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 3. *n.* 18. modo excelsus modicus sit. Vid. Turamin. *ad L. non puto*, 10. *de Jure fisci Part.* 1. *C.* 1. *n. et sequentib* Confer. Vasq. 2. *Contr. Usufreq.* 33. *n.* 25. ac etsi actor probatioris vitæ, quam reus. Menoch. *d. Cap.* 98. *n.* 8. Tametsi principem, item judicem, eum, cui liberum arbitrium hoc casu pro actore, si is vir probus, contra reum, si is improbus, pronunciare posse. Menoch, *d. Cap.* 98. *n.* 9. *et* 10. Plane quod Tiraquel *de Jure primigen. Q.* 17. *Opin.* 2. *n.* 5. utriusque partis intentione æque fundata, posse judicem ex animi sui motu gratificari, cui libet, et. *Opin.* 4. *n.* 47. *et seqq.* posse eo casu rem dividi, ac utrique partem adjudicari; de caussis dubii juris, vel ubi hoc ipsum contenditur, uter actoris partes subire debeat, ut in interdicto uti possidetis, cum præparatorium est petitorii; vel denique ubi defensio rei non est contraria intentioni actoris, et neutra probatio perfecta, accipiendum. In quibus ipsis tamen ei opinioni parum aut nihil tribuendum. Prius nempe istud pertinet ad casus pro amico, quos Tessaur. pro diabolo vocat, ut not. *supr. lib.* 3. *Civil. Comment. C.* 23. *N.* 1. Vid. Turamin, *ad d. L.* 10. *P.* 1. *C.* 1. *et P.* 3. *C.* 1. Nam quod Trentacinq. *d. Resol.* 2. *n.* 24. etsi in casu parium probationum regulariter pro reo, residere tamen hoc in arbatrio judicis scribit, quia probationes sint arbitrariæ; aut sibi non probe constat, aut eo pertinat, ut jure teneat sententia tali casu condemnans, ac si probationes æquales non esse judex æstimaverit, etc.

(17) Ita Duar. 2. *Disp.* 33. volens sic quæstionem dubiam sumi in *L. non puto* 10. *de jur. fisc.* Neque enim recte ibi accipietur, cum quis semiplenam probationem habet contra fiscum. Idem *Post. Com. h. t. C.* 7. Ita quoque putat a Cic. *pro Ligario* caussam *dubiam* vocari (Julii et Pompeii) quod erat ut Cic. aliquid in utraque parte quod probari posset. Sed locus Ciceronis perpensus plane a proposito alienus. Ac esto: sit quoque ex paritate probationum utrinque caussa dubia. Ast certe longe gravior caussa hæsitandi judici, ubi pro actore unus testis cum aliis ad minienlis, integritate insuper producentis litis mediocritate etc. Pro reo autem nihil ac nec levis quidem præsumptio: Quam ubi pro actore duo vel tres testes: totidem pro reo pari numero, pari auctoritate ac fide. Nonne Phavorinus apud Agell. 14. *Noct.* 2. ex Marci Catonis sententia censuit, si rei gestæ nec tabulis nec testibus fides fieri possit: apud judicem uter vir melior sit, quæri, ac secundum eum litem dirimi debere. Et ita voluit actorem, etsi nec quidquam probaverit, nec etiam juraverit, eo casu obtinere. Quod etsi juri consonum non sit: hoc tamen saltem sequetur, caussam et semiplena probatione vere *dubiam* dici. Unde Agellius ipse, cum vir fidei vitæque inculpatissimæ ab alio spurcissimæ vitæ creditum repeteret, sed argumentis admodum exilibus niteretur: nec condemnare, nec absolvere voluit, sed juravit sibi non liquere *d. Cap.* 14. Caussam itaque pro dubia habuit. Quam hoc ipso jurejurando actori delato dirimi potuisse censet Sedser. 4. *de juram.* 10. *n.* 11. Quam vere ipse viderit.

dubia dicitur. Ac de verbis Caii, minus quis dubitet fortasse, hanc interpretationem esse illis verbis convenientem. Sed videbitur non ita convenire rescripto Imperatorum, qui generaliter dicunt in inopia probationum rem per judicem jurejurando decidi oportere: in inopia probationum, inquam, generaliter, non in hac aut in illa. Cur ergo hanc speciem postremam accipiamus potissimum unam ex omnibus? Jam dixi prioribus remotis hanc unam superesse videlicet. Quominus autem priores rescripto excludantur, verba rescripti non obstare: quia non definiatur illic, quando res per judicem decidenda sit jurejurando: sed cum decidenda erit, quam circumspecte id sit faciendum, ne alterutri fiat iniuria. Aut si prius definitur, caussam decidendam esse per judicem jurejurando in inopia probationum, ita definiri, ut dicatur id faciendum esse caussa cognita. Utroque autem modo significari, ita rem jurejurando decidi oportere per judicem inopia probationum, ut id faciendum sit, adhibitis in consilium aliis locis, ex quibus discamus, quando et quomodo id fieri liceat, aut non liceat. Quam autem non liceat id facere in prioribus generibus duobus inopiæ probationum, abunde supra ostendimus. Quod si qui adhuc ita disputent verba rescripti superioris generalia esse, eoque ad unam speciem hujus inopiæ adstringi non debere: considerent, non minus id contra ipsos, quam contra superiorem sententiam facere. Si verba generalia sunt: omnis inopia, non certa aliqua, aut paucæ quædam illis continentur. Si omnis: an non vident consequens esse, (18) etiam tunc maxime rem decidi posse jurejurando a judice, cum actor plane nihil probavit? uam tunc maxime probationum inopia est, cum nihil est probatum: si quidem in omni re ea demum vera est inopia, non cum est aliquid alicui quamvis non satis: sed cum plane est nihil: ut indicat illud Caii, inanem esse actionem, quam excludit inopia debitoris. *L. nom. is. supr. de dol.* Quod si cum omnibus recte admittunt rescripto non contineri eam inopiam, cum plane nihil probatur: concedant oportet, rescriptum non esse generale. Neque vero caussa est, cur ea species inopiæ eximatur rescripto: ea autem non eximatur, ubi actor plene non probavit: cum ea regula, qua ad priorem removendam ducuntur, pariter ad alteram quoque pertineat. Pariter enim non probat, qui jure et plene non probat, sive aliquid attulerit, quod jus repudiet, sive
nihil. † Sed cur actore non probante, i- 7
dest, in duobus prioribus istis generibus inopiæ probationum vulgo notis non potest judex litem decidere jurejurando: in tertio autem, quod dicimus, idest, in dubiis caussis, et paribus utrinque probationibus potest? Quia in illis prioribus hæc decisio habet injuriam: in dubiis caussis non habet, sed commoda est, et justa decisio. Nam actore non probante habet judex, quid statuere debeat etiam sine jurejurando; quippe jubetur reum omnimodo absolvere; adversus quod necesse est faciat, si jusjurandum ab alterutra parte exegerit. Quod enim jam ante ostendi, si actori deferet: secundum eum jurantem judicabit, idest, condemnabit reum; at hunc absolvere jubebatur. Si deferet reo; si quidem ita, ut nihilominus velit absolvere, quamvis non juvet, supervacuum. Sin ita, ut nolit absolvere, nisi ille juret, iniquum, et contra illud ipsum jus, quod reum absolvi jubet, etsi nihil ipse præstiterit. Quin etiam etsi reus juret, tamen iniquum

(18) Non utique. Aliud enim defectus probationum, ubi nullæ suppetunt, aliud inopia, ubi quædam, sed ancipites. Cujac. 22. *Obs.* 28. *in fin.* Et immo hæc vis verbi. Inopia enim opponitur copiæ, et opibus ac levior est egestate. Auson. Popma. *Lib.* 2. *de Diff. verb. V. egestas.* Sic inopiam frugum, frumenti, amicorum, sententiarum, verborum, inops ærarium; inopem linguam et id genus alia usurpari legimus, non cum plane nihil, sed cum non quantum satis est suppetit. At ubi probationes Rei æquales probationibus actoris, his per illas elisis, in effectu potius defectus quam inopia. Tunc vera inopia et caussa *dubia* juxta *d. L.* 33. cum ex altera solum parte, sed non perfecte probatum; aut utrinque quidem perfecte, sed ex una parte ita superant, ut excelsus ille, si per se solum spectes, probationem plenam non efficiat. Pona: Actor se possidere rem pure sibi obligatam (hujusmodi exemplis uti malo, ubi uterque affirmat) probat quatuor testibus. Reus contra se possidere aut rem sub conditione obligatam esse tribus. Testes utrinque paris conditionis ac fidei. Probatio initio perfecta, et forte abundans contraria probatione ex parte elisa, et eo redacta ut imperfecta nunc sit. Crebius hæc in probationibus diversi generis contingunt. Ac raræ lites in quibus contrariarium probationum conflictus non adsit. Vasq. 2. *Controv. Usufreq.* 33. *in fin.* Ast ut probationes, veluti æquilibrio pares sint, nec quidquam in alteram partem præponderet, rarissimum. Quo revocari usum hujus jurisjurandi inconveniens. Gilken. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 9.

est cum absolvi jurejurando exacto: quia fiet hoc modo sententia obnoxia retractationi, quæ sine jurejurando rata futura esset. In dubiis autem caussis et paribus probationibus nihil habet judex sine jurejurando, quod in hanc potius, quam in illam partem ex jure sequi debeat: neque enim (19) reum absolvere potest, ubi actor de intentione probavit: neque rursum condemnare, cum ipse contra de sua probando dubiam reddiderit actoris probationem. Quapropter ut res exitum reperiat, consultum est ab alterutro ex litigatoribus exigere jusjurandum: sic enim cum ille juraverit, incipiet habere judex, quod (20) in alteram partem præponderet. Cum autem secundum jurantem judicabit, non faciet alteri injuriam: quia semper judicabit secundum eum, quem verum est probasse, etsi contraria probatione allata cœpisset probatio esse incertior. Jusjurandum autem quod accessit, etsi per se probationem non habet adversus invitum; habet tamen quod judicem moveat, ut in eam partem potius propendeat. Ac quominus etiam adversarius de eo queri possit, placet si postea nova instrumenta repererit, licere ei quandoque caussam retractare, ut postea dicetur. In re quidem dubia et ancipiti nihil visum est ad rem explicandam melius: quamobrem necessitas ad eam rationem jus deduxit. Quæ cum omnia videamus dici usque adeo verbis juris, et rectæ rationi atque æquitati consentanea, eademque ipsa tam cohærentia inter sese: non difficile erit judicare, utram sententiam veriorem putare debeamus, eamne quam posuimus, in qua hæc sunt; an illam vulgarem tam diuturno errore inter omnes pervagatam, in qua omnia sunt contraria. Summa jam hæc erit: non posse judicem pro arbitrio rem decidere, jurejurando exacto, sed primam hanc legem esse, ut id faciat in inopia probationum. *L. 3. C. eod.* Non esse satis quamlibet inopiam: non enim id ei licere actore non probante, quocunque modo fiat, ut legitimis modis non probet. *L. qui accusare, C. de ed.* Secundam ergo legem esse, ut id faciat in dubiis caussis, ut Cajus loquitur in *L. admonendi, hic:* idest, his, in quibus actor recte probet; sed probet, et reus contra, ut incipiat par utrinque fieri probatio, quæ dubiam judici caussæ dijudicationem faciat. In hac incertitudine vere dici caussam laborare inopia probationum: cum non sit probationum tantum, ut possit judex ex his de re judicare in alterutram partem. Hanc ergo inopiam esse, in qua sola jus superiorem decisionem admittat. † Sed quoniam diximus in his caussis atque hac inopia probationum posse judicem litem decidere jurejurando: dubitari potest, (21) an non tantum 8

(19) Immo et potest et debet, per *not. supr. N.* 16. *et* Arg. *L. inter*, 38. *de re jud.* Quin ipse Don *ad L.* 15. *C. de fid. instr. n.* 17. instrumentum quoque tribus testibus confirmatum, totidem testibus a reo refelli posse statuit. Paria autem sunt nihil probare et probatum elidi Arg. *L.* 10. § 6. *de in rem verso L.* 71. *de V. S. L. nihil* 112. *de Reg. I.* et *simil.* Major itaque iniquitas, si in paritate probationum deferatur jusjurandum hoc, etsi, reo. Tum quod ea præstatione oneraretur, citra eam absolvendus: tum quod injuria illi fieret, sententia retractationi obnoxia futura.

(20) Ast ubi probationes ipsæ mutuo concursu elisæ; minum hic est quod præponderet, nimirum ipsum jusjurandum solum. Plus certe est quod præponderet, ubi et aliquid hinc probatum est, et ei jusjurandum accedit, ex parte autem adversa nihil.

(21) Vulgo in eo non uno modo variant, Rem quatuor quæstionibus expeditis definiemus. 1.° An ut deferatur peti possit? Sunt qui negant: qui iidem tamen judici necessitatem deferendi injungunt, quia ultro petens suspectum se reddat. Arg. *L.* 15. *de Procur.* Panor. *in C. ult. h. tit.* refer. Fach. 1. *Contr.* 16. Contrarium probatius, nec in eo adstruendo laborandum. Videndum quando possit. Sane quod ante conclusionem caussæ in quacunque judicii parte, expeditius est. Beust. ad *L.* 31. *h. t. n.* 413. Stiatic. *Observ. Pract. C.* 20. *n.* 23. *et seq.* post alios Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 12. *et seq.* Num autem et post eam, certatur. Negativam opinionem ceu communem probant Beust. in *L. admonendi n.* 414. *et seq.* Seraphin. *Privil. juram.* 33. *n.* 192. et seq. Mynsing. 1. *Obs.* 68 *in fin.* Gail. 1. *Obs.* 108. *n.* 1. *et* 2. quia per eam omni probationi renunciatum, et imputari potest litiganti culpæ, cum publicatis attestationibus scire potuerit, quantum sit probatum et num huc recurri oportuerit. Sed affirmativam post Salicetum firmat Fachin. 1. *Controv.* 17. qui et contrariis occurrit. Plane etsi petitum ante conclusionem caussæ, post eam deferri potest, Myns. *d. Obs.* 68. *in fin.* Neque enim ex abrupto huc procedendum judici. Vid. Stiatic. *Obs. Pract. C.* 20. *n.* 6. *et* 7. itemque non convenit, num post terminum ad probandum assignatum. Vid. Beust. *d. lo n.* 419. et seq. Stiatic *d. C* 20. *n.* 25. *et n.* 28. Sane et in appellationis caussa peti et præstari potest, Gail. 1. *Obs.* 108. Foller. *ad Marant. P.* 6. *h. t. n.* 20. et ab eo qui semiplene probavit in priori instantia A. Fab. *C. suo. h. t. Definit.* 27. Seraph. *d. Priv.* 33. *n.* 194. Et jure Saxonico

possit id facere, sed etiam cogatur. Verba rescripti ita esse videntur, ut necesse habeat. Ait enim rescriptum, *per judicem res decidi oportet*. Verbo *oportere* omnes norunt necessitatem significari. *L. verbum oportere, infr. de verb. sig.* Repugnant verba *L. admonendi, hic.* illic enim scriptum est, solere sæpe judices in dubiis caussis exacto jurejurando caussam decidere: quæ verba eo pertinent, ut deferre possint, si velint, non ut etiam habeant necesse, ut de his verbis diserte scriptum est in *L. 1. C. quo, et quan. jud.* Id vero ita se habet: ac recte constituitur. Est enim judicis existimare ex animi sui sententia, utrum caussam probatione dubiam putet, an non: et, quod idem est existimare, quid credat in caussa, aut sibi parum probatum opinetur *L. 2. §. ejusdem, in fin. infr. de test.* Neque adversatur superius rescriptum. Non enim simpliciter in eo ita dicitur, oportere res decidi jurejurando; sed oportere decidi caussa cognita: ut sit sententia: Si quæratur de jurejurando deferendo, esse in potestate judicis existimare ut in caussa facti, utrum deferat, necne: idest, utrum caussa sit dubia, an non sit. Sed si statuerit deferendum esse quasi in caussa dubia, tum oportere eum id facere caussa cognita.

Ac duæ conditiones sunt expositæ, quibus potestas judicis cohibetur in hoc jurejurando deferendo, ne pro libidine id deferat. Tertia erat, quam modo attigimus ex *ead. L. 3. C. eod.* ut id faciat, caussa cognita. † Quibus 9
verbis continetur, ut quemadmodum non potest, quandocunque videtur, hac decisione uti, sed solum cum caussa est dubia, quo tempore id res exigit: ita cum agetur in hac inopia de jurejurando alterutri ex litigatoribus deferendo, non deferat utri volet, sed de eo statuat ex caussa: idest ei deferat, cui ob justam caussam æquius esse videbitur deferri. Quod si erit in arbitrio judicis, cui jusjuran-

in lenteratione, cen usus servat. Beust. *d. loc. n.* 423. *et in rub. D. h. tit. n.* 121. Q. 2.° An peti hoc necesse sit, ut alias judex inferre nequeat? Affirmat Bart. et alii, referente Fachin. 1. *Contr.* 19. quia judex officium suum non impertit nisi petenti *et* Lancell. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil. V. Juramentum n.* 2. Asin. *de Exsecut.* §. 3. *C.* 10. Schurff. *Cent.* 2. *Cons.* 47. *n.* 2. Menoch. *Arb. Cap.* 464. *n.* 28. Stiatic. *Obs. Pract. C.* 20. *n.* 17. *et seq. et n.* 26. *ac seq.* Seraphin. *Privil. juram.* 33. *n.* 192. *ibique in addit.* Martin. Benckendorff. *n.* 154. quia non respicit solemnitatem et ordinem judiciorum, sed privatum commodum. Et magis communem vocat Gail. 1. *Obs.* 108. *n.* 3. juxta quam apud suos judicari refert Anton. Fab. 19. Err. Pragmat. 3. *et C. sub. h. tit. Defin.* 8. Sed negativa benignior et æquior, firmante Gail. *ibid. n.* 5. *et* 6. ut post conclusionem caussæ hoc judici licere velit ex placito curiæ supremæ in gravi caussa. add. Fachin. 1. *Contr.* 16. *et sequent.* Beust. *ad Rub. h. tit. n.* 117. Busius ad *L.* 31. *h. tit. n.* 14. Gilken. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 24. *ac sequent.* Asin: veluti recedens a priori opinione *d.* §. 3. *Cap.* 27. Quomodo et cautum *Nov. elect. Saxon.* 23. *Part.* 3. Non obstat superior regula. Ei enim locus in illis quæ primum emergunt. In processibus autem jam cœptis magna judicis potestas; multaque ex officio ad eruendam veritatem permissa *L.* 25. §. 8. *de æd. ed.* Bus. *d. n.* 14. Confer. Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 109. *pag.* 162. Q. 3.° An si petitum, judex deferre necesse habeat? Ratio dubitandi in v. *solent*, ut Donellus hic. Sed affirmativa communis, ubi scilicet semiplene probatum est, et alia requisita adsunt. Ut si petenti non deferatur appellari possit. Beust. *ad L. admonendi n.* 119. Stiatic. *d. C.* 20. *n.* 30. *et n.* 33. Coras. *ad d. L.* 31. *P.* 2. *n.* 50. quia v. *solent* explicatur per v. *oportet L.* 3 *C. h. tit.* ut et alibi *L.* 4. §. 1. *de in diem addict.* Q. 4.° An si non petitum, judex pariter teneatur? Gravius hic dubium per ea quæ Donellus hic. et argum. *L.* 4. §. 2. *de in lit. jurand.* junct. §. 1. ubi itidem in §. 1. vocula *oportet.* Et tamen *d.* §. 2. dicitur *in arbitrio esse*, etc. Affirmat tamen Fachin. 1. *Controv.* 16. *et* Moller. *ad Nov. Elect. Saxon.* 23. *P.* 1. *n.* 5. *et seq.* ubi et apud nos ita judicari debere censet, non obstante quod *d. Novell.* 23. hæc verba *Dasz. in des Richters Macht. steben. sol, etc.* Nam Electori hoc solum, ait, propositum definire, num ex officio non petitum deferri possit, non aliam quæstionem, an deferre teneatur. Mihi immo et hoc videtur decisum in fine ejusdem Constit. verbis, *Darnach. fich. unser. Hoffgericht. et c. halten sollen.* Quæ *Moller.* vertit. Idque judicia nostra, etc. observare *jubemus.* Sane inique, opinor, facerent judices, vel qui in dicasteriis consulti sententiam dicunt, si aperte ex actis liqueat deferri posse, si non deferant: ut ita justa caussa ob solam amissionem meri solemnis civilis quis cadat. Largior non inique multa statuta, ut sæpe quis bonam caussam male procedendo perdere possit. Sed illa utilitatis publicæ ergo, caussa minuendarum et celerius finiendarum litium. Quæ ratio hic cessat. Quin potius Tit. illi *C. ut quæ desunt advocatis* locus. Siquidem non de facti quæstione agitur, sed juris. De facto enim ponimus ex actis apparere, exstareque eas probationes, quæ supplementum juratorium exigant, vel admittant. Quin vel ideo judex ex officio id ferre debet, ut lites minuat, ne pars succumbens ob non sufficientes probationes ad appellationem confugere necesse habeat.

dum deferat: non minus periculose de hac re statuetur: cum futurum sit, ut secundum eum judicet, cui detulerit. Quid ergo in hac caussa æstimanda hic (22) sequemur? quod facien-

(22) Tres hic diversæ sententiæ notantur a Fach. 1. *Controv.* 18. Beust. *ad L. admonendi n.* 164. *et seq.* Eberch. Speckan. Cent. 1. *Q.* 46. Nam Azo et sequaces reo; Hugolinus actori deferri voluit. Speculator vero totum hoc ad arbitrium judicis discreti rejecit. Quas opiniones componere nituntur Beust. *d. loc. n.* 174. *et seqq.* exponendo quæ hic judici spectanda sint: ut et Menoch. *Arb. Cap.* 190. Speckan. *d. Q.* 46. Sich. *ad L.* 3. *C. h. n.* 50. Stiat. *Obser. Pract. C.* 20. *n.* 90. *et seqq.* Nos sic. Quatuor hic verti videntur, ad quæ attendere debet judex et inde statuere utri deferat. I. est personæ conditio, dignitas ac fides. Integræ enim sit existimationis, et inculpatæ vitæ, cui defertur. Vid. Marqu. Freher. *Lib.* 2. *de Existimat. Cap.* 6. *n.* 13 *et seqq.* Persona legalis Menoch. *d. Cap.* 190. *n* 12. plus bonitatis requirens quam quæ ex vulgari præsumptione (unde quivis bonus habetur) vir honestus ac probus. *Idem Cap.* 464. *n.* 9. *et* 12. Nec nisi alias esset testis, integer ab omni calumnia, potior in caussa aliena, idem Freher. *Lib.* 2. *de Existim. qui est de infamia Cap.* 28. *n.* 1. Beust. *d. n.* 174. Spech. *d. loc. n.* 5. Arceantur itaque infames et qui alia nota laborant, ut infamia facti: Zobel. *P.* 1. *Diff. jur. civ. et Sax.* 22. *n.* 3. Freher. *d. loc. et* Beust. *n.* 179. *et seqq.* Et ita Papinian. *lib. Resp. tit.* 25. (habetur post *Cod. Theod pag. m.* 133. Hic sacramenti ordo notatis infamia denegatur secundum. Const. Gregor. et Hermogeniani. Proinde et fœneratores. Vid. Menoch. *d. Cap.* 190. *n.* 14. *et d. Cap.* 464. *n.* 12. *et seqq.* Beust. *d. loc. n.* 188. *et seqq.* Lælius Zechus *Tr. de Usur. C.* 15. *n.* 3. Judæus contra Christianum litigans, Menoch. *d. Cap.* 190. *n.* 15. Beust. *d. loc. n.* 196. *et sequent.* Hartm. *Tit.* 25. *Obs.* 6. *n.* 12. Et faciunt *not. supr. Lib.* 18. *Cap.* 7. *N.* 13. (Contrarium tamen receptius esse scribit Seraphin. *Priv. jurament.* 33. *n.* 206. et pro tribunali Spirensi Judæo fuisse hoc delatum testatur Myns. 5. *Obs.* 5. *et addit. ad Hartm. d. loc. n.* 14.) Aliud si Christianus contra Judæos. Baptista de S. Blasio *Tract. correlativor. C. ult. n.* 28. Perjurus Beust. *d. loc. n.* 207. *et seq.* Coras. *in d. L.* 31. *Part.* 2. *n.* 40. *et seq.* Ant. Del Re *de Juram. calun. C.* 15. *n.* 162. *et n.* 157. Hart. *d. Obs.* 6. *n.* 11. Myns. 3. *Obs.* 58. Menoch. *d. C.* 464. *n.* 19. *et seqq.* ubi inquirit quid si pœnitentiam egerit et a perjurio absolutus. add. Afflict. *Decis.* 36. Et qui ad jurandum pronus, vel quem pejeraturum suscipio est, Beust. *d. loc. n.* 209. Menoch. *Arb. C.* 192. *n.* 3. A. Fab. *C. suo h. t. Defin.* 44. *n.* 5. Barth. Masculus *de Success. conven. L.* 1. *Membr.* 2. *Concl.* 5. *n.* 208. Num et spurius? Hunc admittit Menoch. *d. C.* 464. *n.* 17. *et sequent.* Putarem si cætera honestus non penitus hinc excludi, asi si cum altero integrioris notæ ipsi lis sit ac par cæteroquin utriusque caussa, alteri deferendum esse. Confer. *not. supr. Lib.* 6. *C.* 15. *N.* 3. Fuerunt qui his accenserunt stipendiarios milites, eo quod operas suas mercede locent. Quos refellit Beust. *d. loc. n.* 199. *et seqq.* ex quo transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 12. *n.* 37. *et seqq.* Plane et ubi neuter per se arcetur, uti in testibus, judicis est statuere, cujus est statuere, cujus dignitatis ac æstimationis sint, quanta cuique fides habenda *L.* 3. *princ. et* §. 1. *de testib.* Ita et hic digniori potius, et quem credibile est non pejeraturum, deferre potest. Sic major præsumptio pro nobile et divite, juste scilicet partis opibus. Beust. *d. loc. n.* 175. Hart. *Obs.* 6. *n.* 10. Stich, ad *L.* 3. *C. h. n.* 51. *et seq.* Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 46. *n.* 9. *et ex eo* Setser. *Lib.* 4. *C.* 13. *n.* 8. *et seq.* pro viro egregio et in dignitate constituto, etsi adversarius nulla alias nota laboret. Ac viro potius quæ fœminæ deferendum. *Tiraq. L. connu.* 9. *n.* 82. Beust. *d. n.* 175. Sets. *d. C.* 13. *n.* 11. qui ad verbum *ex* Beust. et Speck. *d. lo.* transcripsit. II. Natura caussæ ejusque qualitas et quantitas. Plane regulare esse, ut admittatur. constat *ex L.* 9. *C. h. t.* verbis: *in cæteriis caussis.* Quod de civilibus ac pecuniariis vulgo exaudiunt. Vid. Sich. ad *L.* 3. *C. h. t. n* 4. *et* 5. Beust. in *L. admonendi n.* 178. Sed id potissimum intelligi videtur de suppletorio actori delato. Quin enim idem in caussis gravioribus reo tuto deferatur, non est opinor, quod valde impediat, nisi forsan ubi pejeraturum eum suspicio est. Excipiuntur itaque 1.° Caussæ civiles arduæ et magnæ quantitatis. Menoch. *Arb. Cap.* 72. *n.* 1. *et C.* 190. *n.* 17. *et seq.* Myns. 1. *Obs.* 68. *n.* 4. Beust. ad *L. admonendi n.* 238. *et seq.* Lanc. Conrand. *de Off. prœt. in causs. civil. v. Juram. n.* 3. Nisi plus quam semiplene probatum sit et persona juratura fide digna et honestæ conditionis Vid. Marsil. *Sing.* 27. Seraphin. *Privil. juram.* 33. n. 10. post alios Beckendorff. *addit. ibid. n.* 19. Gall. 1. Obs. 108. *n.* 11. Coras. *in L. admonendi P.* 2. *n.* 51. Fr. Herculan. *de Prob. negativa n.* 235. *et* 279. Stiat. *Obs. C.* 20. *n.* 39. item nisi contra eum agatur qui antea in aliquo de mendacio convictus, si recte Cravetta de *Antiq. temp. Parte* 1. §. *vidimus et abunde n.* 17. *pag.* 86. Quæ autem tales, judici ex re et litigantium conditione æstimandum Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 53. Myns. *d. Obs.* 68. *n.* 4. Vid. Beust. *d. loc. n.* 243. *et seqq.* Tessaur. *Decis.* 61. *n.* 4. Menoch. *Arb. C.* 72. *et not. supr. lib.* 21. *C.* 9. *N.* 15. Quo referunt quidam caussas feudales, fiscales, beneficii, usurarias, odiosas ut cum de temporis præscriptione agitur, itemque famosas, Vid. Thom. Grammat. *addit. ad Afflict. Decis.* 36. A. Fab. *C. suo h. tit. Defin.* 44. Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 9. *et seq.* Coras. *ad d. L.* 31. *P.* 2. *n.* 51.

dum esse significetur in *c. ult. ex. de fur.* Ad hanc sententiam: ut si conjectura aliqua gravis in caussa pro actore faciet, aut personae conditio prægravare videbitur: puta si actor

Damhuder. *Praxi civ. C.* 179. *n.* 9. Beust. *d. loc. n.* 262. et seqq. Ubi *n.* 267. id in famosis restringit, nisi probatio major semiplena forte præsumptione adiuta, ut duo testes, unus integræ fidei, alter minus etc. 2.° Criminales. Quia in iis probationes liquidissimæ requiruntur. Adhæc accusatores sæpe moventur ex injuria ipsis illata, propter quam facile fieret, ut pejerarent. Sed de his et quando hic reo tamen deferatur jusjurandum et quid si ad pecuniariam pœnam agatur, Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 464. Hippol. a Marsil, *Singul.* 635. Sich. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 5. Duar. *in Post. Com. h. t. C.* 4. *f.* 862. Myns. 2. *Obs.* 87. Gail. 2. *Obs.* 94. *n.* 3. *et* 2. *de Pac. publ.* 7. *n.* 1. Pacia. 1. *de Probat.* 39. *n.* 18. *et seq.* Seraphin. *Privil. juram.* 33. *n.* 101. *et seqq.* Fach. 1. *Contr.* 15. Broneb. 2. *Enunt. A.c.* 27. Beust. *ad L.* 3. *h. t. n.* 50. *et* seqq. *at ad L. admonendi n.* 250. et seqq. ad Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 22. et seqq. *n.* 11. *et* 12. Ant. Fab. *C. h. t. Defin.* 43. Clar. 5. *Sent. ult. Q.* 63, *etc.* 3.° Matrimoniales. Quod perpetuum, ne deferatur neganti matrimonium aut ad id dissolvendum agenti. Ratio *supr. in not. C.* 17. *N.* 9. Pro matrimonio autem quandoque deferri potest, ubi videlicet non simpliciter semiplena, sed quæ proxime absit a perfecta, coniecturis haut levibus, aut aliqua insigni praesuntione adiuta, veluti si nobilis ac dives agat contra pauperiorem etc. Cujus rei uberiorem notitiam haurire licet ex Beust. ad *L. admonendi* 31. *h. t. n.* 269. *et seqq. et de Sponsal. C.* 41. Cypræ. *de Sponsalib. C.* 14. §. 18. et seqq. Alb. Gentil. 7. *de Nupt.* 16. Corar. *de Matrimon. P.* 1. *C.* 4. §. 1. *n.* 8. Schurf. *Cent.* 2. *Cons.* 47. Gail. 2. *Obs.* 94. Coras. 3. *Misc.* 4. *n.* 6. *et seqq.* Borch. *h. t. C.* 8. *n.* 76. *et seq.* P. Heig, *Parte* 2. *Q.* 16. Seraphin. *Privil. juram.* 33. *n.* 114. magna hic prudentia et moderatione utendum scribens *Vult. Conss. Mars.* 15. 343. et seqq. *Vol.* 1. III. Notitia rei qua de agitur. Neque enim alii deferendum, quam cui veritas facti comperta esse potest. Et si utrique, dispiciat Judex utrum melius nosse probabile, aut certum sit. Melior autem notitia quæ sensu corporeo percipitur, si alicujus res principaliter acta, si ipse fecit, si vidit, interfuit, non si auditu, alterius relatione, vel rumore cognovit. Vid. Menoch. *Arb. Casu* 190. *n.* 5. *et seqq.* Beust. *ad L. admonendi n.* 274. *et n.* 215. *et seqq.* Hartim. *Tit.* 25. *Obs.* 6. *n.* 2. Mynsing. 1. *Obs.* 13. *et Obs.* 68. *n.* 2. Speckhan. *cent.* 1. *Q.* 46. quem transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C.* 13. *n.* 7. Quare huic non locus in materia *L.* 2. *C. de resc. vend.* quia valor rerum magis ab aliis quam ipso læso sciri præsumitur. Pinel. *in d. L.* 2. *Parte* 3. *Cap.* 4. *et ult. n.* 13. add. *not. supr. N.* 5. Neque per hoc juramentum dolus probari potest. Cels. Bargal. *Lib.* 4. *de Dolo C.* 8. *n.* 41. Nec consanguinitas aut cognatio juxta quosdam, cum exacta ejus scientia non haberi queat *per L.* 83. *de cond. et dem.* Sed contra judicatum. Modest. Pist. *Q.* 85. *et Q.* 128. quia et hic probatio per testes recipitur, qui sciunt et judicant ex eo quod viderint haberi pro filio. Et notitia sufficit eo modo quo haberi potest. Plane quando ex probatione hac grave præjudicium parti adversæ, merito caussa cognationis ardua censetur. Thessaur. *Decis.* 61. n. 3. ut proinde non deferatur tunc, nisi adminiculis aliis semiplena probatio munita per *supr. dicta*. Nec defertur alleganti factum alienum. Sich. *ad L.* 3. *C. h. n.* 54 Ideoque nec heredi super facto defuncti. Menoch. *d. C.* 190. *n.* 6. Hartm. *d. Observ.* 6 *n.* 3. *et* 2. *seqq.* Beust. *d. loc. n.* 216. *et seq.* Borch. *C.* 8. *n.* 72. Beckendorff. *addit. ad* Seraphin. *Privileg. juram.* 33. n. 181. nec defuncto delatum ab herede præstari potest, per *L.* 12. *princip. C. h. t.* Sich. *ad d. L.* 3. *n.* 54. Nisi ejusdem facti verosimilis notitia heredi, ut quia familiaris defuncto. Menoch. *d. C.* 190. *n.* 9. si filius, vicinus, domesticus. Beckendorff. *ad d. privil.* 31. *n.* 59. si consanguineus, ut Roman. *Cons.* 290. *n.* 5. ref. Pruckman. *Vol.* 1. *Cons.* 10. *n.* 97. Ubi *n.* 99. eam sententiam vulgo explosam esse tradit. Confer. *not. infr. C.* 13. *N.* 20. Plane apud nos si juramento sententia injuncto antequam præberetur, decesserit, juramento credulitatis in herede locus est. *Nov. Aug. Elect.* 24. *P.* 1. Quæ et ad hoc jusjurandum suppletorium pertinere videtur, quomodo et Moller. accepisse apparet. Enimvero hoc jurejurando delato si paratus jurare moriatur, heredes admitti, immo perinde haberi ac si jurassent, scribit Myns. 1. *Obs.* 13. Quæ confirmatur ex Gail. 2. *Obs.* 43. ubi mortem loco juramenti haberi docet. Qui licet de juramento in litem loquatur, argumenta tamen et rationes, ut et allegata ejus huic quoque, et præcipue conveniunt. Non eadem ratio delati ab adversario. Vid. *not. supr. C.* 5. *N.* 1. *et infr. d. C.* 21. *N.* 20. De axiomate: Mors loco juramenti, ejusque sensu, vid. Munnoz de Escob. *de Ratiocin. C.* 10. *n.* 61. *et* 2. *seqq. et C.* 11. *n.* 29. *et seq.* Hering. *de fidei. C.* 20. §. 1. *n.* 76. *et seqq.* Moller. 4. *Semestr.* 44. *n.* 12. Confer. *idem* 3. *Semest.* 32. *n.* 2. *et* 3. An et quando procuratori deferri, vel per eum præstari possit, Vid. Stiatic. *Ob. Pract. C.* 20. *n.* 34. *et seqq.* Beust. *in L. admonendi n.* 408. *et seqq.* Ex ratione juris sane id nunquam licere arbitror. Vid. *not. infr. cap.* 22. *N.* 1. *et* 2. An fidejussori? Vid. Henring. *de Fidei. C.* 20. §. 1. *n.* 63. Universitati ut deferatur et quis tunc juret, vid. Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. Defin.* 40. IV. Probationis peractæ modus vel gradus. Neque hic, si juxta superiora, æqualis litigan-

sit magnæ auctoritatis, fidei spectatæ: reus autem plebejus aut levis: tum actori jusjurandum deferat judex. Sin erunt cætera paria: tum reo deferat potius. Sumptum ex regulis juris notis, quæ efficiunt in paribus caussis reo favendum esse potius, quam actori. *L. favorabiliores, infr. de reg. jur. L. Arrianus, infr. de oblig. et act.*

† Ut his rebus circumscripta est potestas judiris in deferendo sua auctoritate jurejurando, de qua parte hujus potestatis hucusque diximus: ita jurejurando hoc delato, proprium hoc est in eo potestatis (23) judicis, ut non longius progrediatur, quam ut ipse delatum exigat: delatum, ut proposui, remittere non potest: ut eo remisso secundum 10

tium conditio, caussa habilis, par utriusque notitia, reo omni modo hoc jusjurandum deferendum, etsi post actoris semiplenam probationem nihil præstiterit, ut Azo voluit, ref. Menoch. *Arb. ca.* 190. *n.* 20. et sequi videtur Sich. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 55. *ac seq.* Beust. *in L admonendi n.* 176. Spechk. *Cent. Q.* 40. *n.* 10. Nec omnimodo actori, ut Cynus ea ratione quod reus cupiditate rei detinendæ facilius pejeraturus censeatur. Quam invertit Sich. *d. loc.* quod immo major in actore suspicio, ne et ipse rei consequendæ excidat, et calumniæ suspicionem in se concitet. Verum spectandum, uter quousque probaverit, intentionemque suam ex parte impleverit, ut jurisjurandi hujus subsidio perfici possit. Equidem si actoris probatio imperfectior infra semiplenam, suspicionem tamen quandam movit Judici contra reum, huic deferendum est ad purgandam innocentiam; itemque si præsumptio levior, cujus minor vis quam semiplenæ probationis. Vid. Rod. Suarex. *in L.* 4. *fori Tit. de Juram. n.* 19. *et seqq.* Lanc. Conrad. *de Offic. præt. in causs. civil. V. juram. n.* 3. Contra si actor plene probavit, exempli gratia mutuum; reus autem exceptionem, exempli gratia, solutionem per leve judicium: non defertur reo, sed actori, itidem ad purgandam innocentiam. Eadem ratione Suar. *d. loc. n.* 25. ubi scilicet defensio rei compatitur actioni, seu non contradicit proposito actoris: veluti hic utrumque potest esse et quod mutuaverit actor et quod solverit reus. Secus si exceptio contraria et non compatibilis. Ibi enim plena actoris probatio non confunditur per præsumptionem Rei, nec necesse est venire ad juramentum, de quo fusius Suar. *d. loc. n.* 26. *et seq.* Cæterum si actor semiplene intentionem fundavit: reus autem nuda inficiatione usus nihil probavit; si et actor honestus, cui res comperta, et caussa habilis: crebrior, usuque forensi probatior opinio exigit ut illi, non reo deferatur. teste Lanc. Conrad. *d. loc. n.* 4. Menoch. *Arb. Cap.* 190. *n.* 20. Beust. in *L. admonendi* 31. *h. t. n.* 168. Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *C.* 10. *n.* 114. *et seq.* Fachinæ. 1. *Contr.* 18. scribens ita semper observatum, se vidisse, et id summam habere rationem et æquitatem. Nec temere. Nam ubi reus nihil probavit, non est quod is suppleat. Suppletur enim quod perfectæ probationi deest. Alias elisorium jusjurandum aut quo alio simili verbo, nuncupandum erit, non suppletorium. Et ut in reliquis pares hic sint litigantes, ast in eo dispares, quod alter aliquid, alter nihil probavit. Ille sua, imperfecta licet, probatione fidem jam aliquam fecit judici, eumque induxit, ut opinetur meliorem actoris caussam esse, pro qua aliquid affertur, quam rei, pro qua nihil. Quod si ex inopia probationum huc devenitur *L.* 3. *C. h. t.* quorsum nisi ut illi occurratur: non utique ut elidantur, ut quæ inopes ante fuerunt, egenæ postea fiant. Junge not. *supr. N.* 18. Adhæc, ut Coler. perpendit *d. n.* 115. alias actori nihil profutura sua semiplena probatio. Potuit enim ipseque initio deferre reo jusjurandum nullo quoquam probato; potuit ea molestia probandi defungi. Vid. not. *C. seq. N.* 4. Verum si concessa intentione, ex. gr. mutuata esse 100. reus excipit, se solvisse, pactum ne peterentur, etc. atque hoc semiplene probat: tunc utique, si cætera paria, reo jurandum erit. Quia nec ulla actoris probatio est quæ suppleatur. Et hoc dubio sane omni, opinor, vacat. Eo autem casu quo pares utrinque probationes, reo reliquis paribus favendum. Menoch. *d. C.* 190. *n.* 19. Fach. 1. *Contr.* 18. *in fin.* ita accipiens *L.* 31. *h. t.* ubi ponitur reus a Judice absolutus: quia tunc demum vere omnia ex utraque parte paria. Ergo per *L.* 125. *de R. I. et simil.* Quod intellige, non ubi utrinque perfectæ, ibi enim se mutuo elidunt, ut not. *supr. N.* 16. sed ubi uterque semiplenam, actor pro intentione, reus pro exceptione habet. Bover. *Sing.* 40. *n.* 14. Coler. *d. n.* 114. Lanc. Conrad *supr. d. loc. n.* 3. Borch. *C.* 8. *n.* 78. Et quando defensio rei non directo impugnat intentionem. Nam si ex. gr. actor uno teste probat se mutuo dedisse; reus contra itidem uno teste æque idoneo se eo die abfuisse, eadem elisio est, quæ in *not. d. N.* 16. Sed juramlo is præter inficiationem alia insuper defensione usus *juxta L.* 43. *pr. de R. I.* veluti: Nego me tibi 10. debere et præterea mecum pactus es ne peteres. Item si prius intentione negata postea solutionem alleget *ut supr. h. lib. C.* 5. Hic si actor mutuum, ex. gr. semiplene: reus eodem modo solutionem probaverit, quia utrinque est quod suppleri potest: si cætera paria, reo deferendum. Confer. ad declarationem *not. supr. lib.* 22. *c.* 7. *N.* 1. Denique si postquam actor plene, ex. gr. mutuum probavit, reus exceptionem suam vel solutionem semiplene: et hic reus supplere jurejuramlo suo quod deest. potest. Bover. *d. Sing.* 40. *n.* 14. Ne in exceptione deteriore jure fit, quam adversarius in actione foret.

(23) Quin autem adversarius ejus gratiam facere posit, non est, opinor, quod impediat.

eum, cui remissum est, judicetor. Quod ex eodem rescripto, idest, *L.* 3. *C. eod.* intelligimus: sic enim illic traditur, *rem per judicem jurejurando causa cognita decidi oportere.* Sive hæc verba sunt necessitatis: aperte jusjurandum litigatoris exigont; sive sunt potestatis, quæ judici tribuitur: tamen hactenus tribui apparet, ut non aliter possit rem decidere, quam jorejurando. Idemqoe apertius expressit Cajus in *L. admonendi, hic,* cum ait solere judices judicare primom *exacto jurejurando* deinde *secundum eum, qui juravit.* Non deciditor res jurejurando, multoque minos secundum eum, qui juravit, ubi nullum est jusjurandum: ubi nemo, qui juravit. Quod tunc accidit, cum is, cui delatum erat jusjurandum, non jurat: quantumvis ideo faciat, quia sit ei a judice remissum. Dixi initio, judicem non esse domioom litis, ut ei in hac re liceat, quod domino, qui jusjurandum detulisset, suo jure pro arbitrio facere liceret. Jubetur constitutionibus jusjurandum exigere a litigature rei expediendæ et veritatis juvandæ caussa. Proinde si remittit quantumvis jurare parato, quia non exigit, contra officium facit: neque vero ei per leges facere conceditur. *Inst. de off. jud. in pr.*

11 † Jurejurando recte exactu pro ea potestate, quam diximos: videndum quod secundo loco quæritur, quis sit ejus jurisjurandi servandi modus. Is vero est, qui breviter comprehensus est in *d. L. admonendi,* commonis cum judiciali soperiore, ut judex in dubiis caussis exacto jurejurandu (24) secundom eum judicet, qui juraverit. Et hoc est, sententia jodicis sequctor: sententia judicis erit ejusmodi, quæ actore jurante reum condemnet: jurante reo hunc ipsum absolvat, similiter ut in judiciali. *L. jusjurandum et ad.* §. *ult. hic.* Quod res jodicio agitur: seqoi debet judicis sententia. Qua enim de re cognovit jodex, de ea et jodicare cogitur, ot finem imponat controversiæ, qoam ob caussam aditos erat. *L. de qua re. supr. de jud.* Hoc autem fit pronontiaodo seu sententiam fereodo, qoæ absolutionem rei aot condemnatinoem contineat. *L.* 1. *infr. de re jud.*

Quia autem id agitur, ut jusjurandom servetur, ne frustra juratum sit: consequens est, ut judicetur secundom eum, qui joravit. Nam aliter jusjurandum non servatur. Ut hic secundum hunc aut illom judicetur, eum esse oportet, qoi jurejnrandu exacto joraverit: scilicet ut duo hic concurrant, ut sit ei delatum jusjurandum a judice: tum ut juraverit. Proinde si qois ex litigatoribus juraverit, coi jusjurandum delatum non erat, nihil ei proderit jusjurandum, idque omnia jurisjurandi commune est. *L.* 3. *hic.* Cootraque si is cui a judice delatum erat, non juraverit, nihil ei delatio profuerit, sive is sit qoi aperte nolit jurare, sive is etiam coi paratu jurare josjurandum sit remissum. Sane inter hos hoc interest, quod cui remissum est jusjurandum, non debet qoidem secundum eum judicari, quia non juravit, ut jos exigit; sed non debet etiam adversus eum, quia non stat per eum, quominus juret, ut qui paratus sit jurare, dum judex exigat, vel potius jurantem audiat. At qui deferente judice jurare non vult, is in ea caussa est, ut etiam adversus eum tanquam confessum sententia ferri debeat. Manifestæ enim turpitudinis et confessionis est nolle jurare, nbi jusjurandum non referas. *L. manifestæ, hic.* Jusjurandum autem in dubiis caussis delatum ideo non refertur jure, quia nec potest, de quo postea suo loco.

† Jam de vi hojus jurisjurandi, vel potius 12
sententiæ ex hoc jurejurandu latæ dicatur. Et non eadem hic vis est jurisjurandi et senteotiæ, quæ ex soperioribus generibus, cum consensu litigatorom res jurejurando vel extra judiciom, vel in jodicio ipso decisa est. Illic enim non conceditur caussam retractare. *L.* 1. *C. eod. L. admonendi, in fin. hic:* usque adeo, ut nec ab ea seotentia quæ inde secuta est, appellare liceat. *L. generaliter,* §. *sed juramento, C. eod.* Hic licet retractare eandem caussam, et qoidem longe plenius, qoam ex cæteris rebus judicatis concessom est. Jam primum hoc ratom esse debet, quod remediom in aliis sententiis omnibus victo tributum est, ut ei a sententia appellare li-

Plane revocare delatum Judex ex caussa potest, si postea suspicio sibi mota, facile pejeraturum esse, aut si post delationem caussam alterius meliori jure niti compererit. Vid. Borch. *de Jurejur. C.* 6. *n.* 12.

(24) Unde actio vel exceptio judicati; illa si actor, hæc si reus juraverit: Non autem actio ex jurejurando, quia non in hunc finem defertur, nec ultra intentionem operari debet, cum ex probationibus non oriantur actiones. Post. Bart. Bald. et alios Sneidvin. in §. *item si* 11. *I. de act. n.* 100. Beust. *ad L.* 2. *h. t. n.* 23. Coras. *ad L. in act.* 5. *de in lit. jur. n.* 30. *cir. fin.* Quod probant in *d.* §. 11. verba: *postulante adversario* et in §. *æque* 4. *Inst. de except.* verba: *creditore deferente.* Q. An victus hic in expensas condemnandus? Negat Jo. Aurpach. *sing. alleg. Lib.* 2. *C.* 5. idemque probabilius statuit A. Fab. 19. *Err. Prag.* 7. sed contrariam sententiam usu fori receptam memorat, ex quo transcripsit Setser. *Lib.* 4. *C. ult.*

reat: *L. 1. infr. de app. L. cum prolatis. infr. de re jud.* hoc idem et in hoc genere victo esse servandum. Remedium enim hoc in commune omnibus victis datum est, nisi quæ justa caussa id adimat. *d. L. 1. de ap. L. sciendum. infr. de ap. non rec.* Nihil autem in hac caussa intervenit, quod videri possit hanc ademptionem suadere, nisi jusjurandum. Ad id cum invito litigatore interpositum sit, invito nocere non debet. Nec usquam apertius id (25) probatur, quam in *L. generaliter. §. sed juramento, C. eod* ubi Justinianus ab ea sententia, quæ jurejurando decisa est, appellari vetat. Eum enim vetat appellare, qui jusjurandum vel detulit, vel postulavit. *Quis enim,* inquit, *ferendus est ad appellationis veniens auxilium in iis, quæ ipse facienda procuravit?* Ergo si quis jusjorandum interponendum non curavit, appellationi locus superest vel ex eadem constitutione. Ex quo apparet non agi illic de eo jurejurando, quod solus judex per se defert in dubiis caussis; sed solum de eo quod consensu litigatorum interponitur: et quod in principio ejus §. proponitur sententia etiam de juramento ex auctoritate judicis cuicunque parti illato, non esse accipiendum de eo quod solius judicis auctoritate illatum est: sed de eo, quod delatum est auctoritate quidem judicis, verum postulante et procurante litigatore, ut id fieret, ut sequentia declarant. Unde et initil hæc sententia erit, ut velit Justinianus ad eam vim quam subjicit, nihil interesse, utrum pars parti jusjurandum deferat approbante judice, an vero judex ipse, postulante tamen prius litigatore cujus interest. Sed commune hoc remedium est cum aliis, qui sententia victi sunt. Unum est proprium ejus, qui ex superiore jurejurando victus est; de quo ita scriptum est in *L. admonendi, hic.* Re jurejurando a judicibus in dubiis caussis exacto judicata, *permittitur,* inquit Cajus, *constitutionibus principum caussam ex integro agere, si quis* (26) *nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit.* Caussam ex integro agere est, tunc agere, cum res integra esse desiisset: quod contingit, ubi non est appellatum. Ergo et tunc de eadem re hic agere permittitur, novis instrumentis postea repertis. Quo loco statim opponuntur duos: res judicata, et jusjurandum. De re judicata generalia rescripta sunt, quibus constitutum est sub obtentu novorum instrumentorum res judicatas instaurari non posse. *L. 4. C. de re jud. L. Imperatores. infr. de re jud.* Et hic res judicata est. Accedit ad rem judicatam jusjurandum, quod præcessit. Id si a litigatore delatum valet: cur delatum a judice non potius sit servandum propter auctoritatem judicis? Sed nihil horum obstat propositæ retractationi. Generalia quidem sunt rescripta de rebus judicatis non retractandis: sed tamen sunt de rebus judicatis. Ideo ad caussas jurejorando per judicem decisas non pertinent. Nam proprie has non (27) esse judicata,

(25) Fac. *L. ult. §. 1. de appell.* P. Greg. 2. *de Appell.* 13. *n.* 3. et ex eo Setser. *Lib.* 4. *C.* 8. *n.* 14. Neque hic tam jurantis factum impugnatur, aut de perjurio ejus quæritur, quam Judicis, an juste adversarium ad supplementum hoc admiserit. Christoph. Besold. *de Appell. C.* 7. *n.* 7. *p.* 226. Quin et adversarius ipsam delationem appellari potest, ne præstetur jusjurandum. Ubi si pendente appellatione actor decesserit, jusjurandum pro præstito haberi judicatum refert A. Fab. *C. suo h. t. Defin.* 14. ipse contra sentiens. Ac etsi a delatione intra decendium non appellatum si postea jurare velit, a præstatione appellari potest. Myns. 1. *Obs.* 39. Besold. *d. Tr. C.* 8. *n.* 3. *p.* 253. Quod si tamen sententia sic lata, *si actor juret, etc.* reus ipsi solvat, fatalia decendii a die sententiæ, non ex eo quo actor jurare paratus, currere judicatum. Myns. 5. *Obs.* 95.

(26) Et hic oportet ut juret producens se notitiam antea eorum non habuisse, Guid. Pap. *Dec.* 201. *n.* 1. *et Dec.* 243. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 5. *p.* 671. Seraphin. *n.* 3. *Privileg. juram.* 38. Coras. *in L.* 31. *h. tit. p.* 2. *n.* 37. *et seqq.* Menoch. *Arb. C.* 241. qui præterea requirit, ut probet se prius diligentia usum in illis perquirendis, et ut in aliis judiciis adjuvetur producens. Sed et adversarius, ne aletur juramento tali, scientiam præcedentem probare potest Coras. *d. loc. n.* 42. Vide de hac retractatione Menoch. *ibid.* Cujac. 18. *Obser.* 35 A. Fab. *d. Err.* 5. Coras. *in h. L. admonendi* 31. *P.* 2. *n.* 1. *et seqq.* Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 14. *n.* 116. *et seq.* fuse Sfort. Oddus *de Rest. in int. P.* 2. *Q.* 74. *et seqq.*

(27) Ita Beust. *ad L. admonendi n.* 31. quia ex juramento partis lata sententia, qui veluti testis in caussa sua. Et *n.* 32. quia ex probationibus privilegiatis lata ejusmodi sententia non transeat in rem judicatam: et ita DD. vulgo, et Stich. in *L. 1. C. h. tit. n.* 5. Padilla *ad L. error C. de Jur. et fac. ign. n.* 44. Bronch. 4. *Ax.* 18. quia privilegiata est, ait, et imperfecta probatio: ac facilius tolluntur, quæ juris sunt specialis, quam quæ juris communis. Et quia ob inopiam probationum delatum est, copia earum emergens infirmat. Bronch. 2. *Ax.* 26. Aliter. Coras. in *d. L. admonendi P.* 2. *n.* 18. quia sententia dolo obtinentis secuta retractari possit *L.* 75. §. 1.

dixeris, in quibus non tam videtur judex sententiam suam et judicium proferre, quam litigatoris, quem in re sua velut judicem fecit. Certe has caussas ex numero aliarum eximi apparet in *d. L. admonendi*. De jurejurando, quod a litigatore defertur, aut ejus postulatu a judice, innuit Cajus non esse huic simile id. quod (28) judex sua auctoritate detulit, cum ait non *concedi caussam retractare, cum inter ipsos litigatores jurejurando negotium est transactum*. Significat eum jusjurandum a litigatore litigatori defertur, rem inter ipsos communi consensu transigi, ut in eo insit et conventio et transactio *L. 2. L. qui jurasse, §. ult. hic*. Nihil horum dici potest, cum solus judex uni defert, invito altero. Hæc res facit, ut litigatori, qui jusjurandum detulit, quandoque agenti obstet suum ipsius placitum atque conventio: caussa autem per judicem decisa, nulla sit conventio ejusmodi, quæ agentem removeat. Sed notandum est hic permitti caussam iterum agi, non simpliciter, sed hac conditione: *si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit:* sic enim verba sunt Caii in *d. L. admonendi*. Nova vocat, non confectione, sed inventione et prolatione: idest, quæ non nunc primum conficiuntur post litem jurejurando decisam: sic enim aperte falsa essent: sed quæ nunc primum emer-
13 gunt et proferuntur nova. † Quod ait, *quibus solis usurus sit*, eo pertinet, ut declaretur caussam hic retractari posse, solis instrumentis postea repertis, non etiam testibus. Quod in hac caussa non sine magna ratione constitutum videtur: etsi alias in universum ita traditum est: *in exercendis litibus eandem vim obtinere fides instrumentorum, et depositiones testium*. L. in exercendis. *C. de fid. instr.* Novi enim testes subornari possunt, de quibus nescias, utrum ante priorem litem de re cognoverint: an nunc primum ad mendacium instructi falsum testimonium dicturi veniat. De Instrumentis (29) autem idem dubitare non licet: quia ipsa scriptura instrumentorum, subscriptiones temporum et personarum se ipsas produnt: et non solum ostendunt, cujus sint, sed etiam quam sint veteres, aut novæ. Neque vero facile aut temere res judicatas rescindi permittendum est. Nam quod dicitur in exercendis, litibus eandem vim esse testium et instrumentorum, *d. L. in exercendis*, sic accipiendum est: dum in utroque genere nihil sit suspectum, in totum enim suspecti testimonii fides rejicitur, sive id erit in instrumentis, sive in testibus. *L. 2. C. de fid. inst. L. 3. in pr.* illic. *Nam si caveat.* infr. *de test.* † Sed 14
quid est, quod Cajus ait constitutiones, quibus superior retractatio permittitur, tunc videri locum habere, *cum a judice aliquis absolutus fuerit?* An significat (30) licere actori jusjurandum retractare adversus reum, qui absolutus erit; reo autem condemnato non licere, si forte instrumentum liberationis postea invenisse se dicat? Minime: sed tantum verba constitutionum interpretatur, quæ ita se habent, ut his permittatur post jusjurandum exactum ex integro caussam

de judic. Aliter Cujac. 18. *Obs.* 35. quia res judicata ex falsis Instrumentis ex integro agi potest, ut *infr. lib.* 27. *C.* 7. Instrumentis autem adnumerari vult iusjurandum, hoc, quo judex instructus sit ad judicandum.

(28) Ita Donell. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 13. Oldend. *cl.* 1. *Act.* 9. *in fi.* Beust. *ad L. admonendi n.* 35. Coras. *ibid. P.* 2. *n.* 9. Cujac. 18. *Observ.* 35. Vult *ad §. item si* 11. (*ipsi* 10) *I. de act. n.* 18. Sich. *ad L.* 1. *C. h. tit. n.* 3. Illic imputari potest cur detulerit, hic nihil. Ad hæc cum quid sit ex necessitate, jura benigniora sunt, quam si ex voluntate. Arg. *L.* 7. §. 1. *Quisatisd. cog. L.* 56. §. 1. *de evict.* Sich. *d. n.* 3. Caroc. *de Juram. lit. Decis. Q.* 2. *Quæstionis* 10. *principalis n.* 5. Ideoque nec naturalis obligatio hoc juramento tollitur. Beust. *ad L.* 2. *h. t. n.* 16. Oldend. *d. Act.* 9 *in fin.*

(29) Facile in instrumento falsitas deprehenditur ex vetustate, vel novitate litterarum et chartæ, manu scribentis etc. Donel. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 14. Et consentit A. Fab. 19. *Err. Prag.* 5. *pag.* 67. cujus verba pro suis usurpat, suum obtinens Setser. *Lib.* 4. *c.* 17. *n.* 9. Diss. Coras. *in L. admonendi P.* 2. *n.* 27. *et seq. et* Beust. *ibid. n.* 91. *et seqq.* quod instrumentorum appellatione testes quoque veniant *L.* 1. *de fi. instr.* quodque absurdum videatur plus fidei membranæ quam vivæ voci adhibere. Coras. *ibid.* Quibus facile est occurrere. Sed et vocula *solus* excludit ante producta instrumenta. Necesse enim est ut ex sola novorum inspectione et exhibitione veritas constet. Vid. A. Fab. *d. pag.* 67. *et seq. et* Coras. qui fere dissentiunt *d. P.* 2. *n.* 44. *et seqq.*

(30) Consent. Zas. 1. *Sing. Respons.* 13. Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 30. Coras. in *L. admonendi P.* 2. *n.* 22. *et seq.* Fachinæ. 11. *Contr.* 27. et quos citat Odd. *de Rest. in int. Q.* 74. *Art.* 5. Contraria autem opinio receptior, quam probant Odd. *d. loc.* Beust. *in d. L. admonendi n.* 1184. *et seqq.* Cujac. (sed hic nude) 18. *Obs.* 35. Trentacinq. 2. *Pract. Resol.* 1. *n.* 34. *et* 3. *seqq.* Ex quibus rationes et refutationes pro utraque parte peti possunt.

agere. Proprie agit caussam ex integro actor, qui prius victus fuerat: quod non contingit, nisi reo absoluto: et ideo recte dicitur verba hæc ad actorem referri. Sed non eo minus idem licere facere reo intelligendum est: quin potius licet reo multo magis. Favorabiliores enim sunt rei, quam actores. *L. favorabiliores, infr. de reg. jur.* Inde dictum, non debere actori licere, quod reo non permittitur *L. non debet actori, infr. de reg. jur.* Neque ideo mirum sit, de actore solo iterum agente cautum esse. Positum est enim consulto id, de quo major dubitatio erat, ut ex eo id quod minus dubitationis habebat, colligeretur. † Ait Cajus permitti hic caussam ex integro agere; sed nihil exprimit, neque quomodo liceat revocare eamdem caussam, neque intra quæ tempora. Quid ergo hic licet? utrum ex integro agere, petita adversus rem judicatam, in integrum restitutione, an vero ipso jure, et post instrumenta reperta: utrum intra certa tempora id licet, an perpetuo? Et hanc dubitationem Cajus sustulit, cum dixit, non simpliciter permitti caussam ex integro agere, sed *permitti constitutionibus principum.* Si permittitur constitutionibus, permittitur jure ipso: cum constitutiones sint optima pars juris civilis. *§. sed et quod. Inst. de jur. nat. L. 1. sup. de const.* Si jure: non desiderat (31) in integrum restitutionem, qui jure communi munitus est. *L. in caussæ, 2. supr. de min.* Jam instrumentis repertis intra quæ tempora exinde competet hæc actio? Expeditum hoc quoque ex iisdem verbis. Constat enim actiones esse perpetuas, quæ sunt ex constitutionibus. *Inst. de per. et temp. act. in pr.*

(31) Vulgo autem dari hic restitutionem ex clausula generali *L. 1. §. ult. ex quib. causs. mai.* et edictum prætoris confirmari solum constitutionibus, se ad speciem deduci, ut in simili *L. 1. C. Si min. ab hered.* Vid. Coras. *ad d. L. 31. P. 2. n. 24.*

CAP XII.

De necessitate suspiciendi jurisjurandi, tum extra judicium, tum in judicio.

SUMMARIA.

1. *Edicti verba de necessitate suscipiendi jurisjurandi et eorum quæ in hac parte quæruntur, summa.*
2. *Jusjurandum de lite extra judicium delatum impune recusatur; de calumnia non item.*
3. *Judiciale jusjurandum sine caussa recusari non posse.*
4. L. generaliter, §. sed juramento, C. eod. *explicatur.*
5. Cap. ult. extr. eod. *sententia.*
6. *Regula.* Actore non probante reum absolvi, etsi nihil ipse præstet, *explicatur.*
7. *Judiciale jusjurandum ne tum quidem a reo recusari posse, cum actor initio judicii probationem in se suscepit, qua defectus confugit ad jusjurandum.*

Dixi de vi jurisjurandi, quod litis decidendæ caussa adhibetur, utcunque interpositum, idest, sive extra judicium inter eos, aliqua contendunt, siva in judicio aut inter eos ipsos, aut ex auctoritate solius judicis. Jam dicam de necessitate ejus suscipiendi, si forte is jurare nolet, cui delatum est: quæ altera pars est hujus edicti, et tituli de jurejurando. Edicti verba non quæ olim fuerint, sed quæ nunc partim exstent, partim indicentur hoc titulo, hæc sunt:

1 † EUM A QUO JUSJURANDUM PETETUR, SOLVERE, AUT JURARE COGAM EI, QUI JURAVERIT NON CALUMNIÆ CAUSSA SE ID POSTULARE. SI JUSJURANDUM REFERRE, QUAM JURARE MALET, POTESTATEM FACIAM. SI IS QUI JUSJURADUM PETET, CONDITIONE JURISJURANDI NON UTETUR, JUDICIUM EI NON DABO.

De necessitate jurandi aut solvendi verba edicti exstant in *L. jusjurandum, et §. ait, hic.* Ut prius juret de calumnia, qui detulit, cavetur in *ead. L. §. qui jusjurandum, hic.* De potestate referendi in *ead. L. §. datur.* De actione deneganda ei, qui conditione jurisjurandi non utitur, *ibidem.* Quæ omnia breviter et commode comprehensa sunt

in *L. delata, C. eod.* in hæc verba: *delata conditione jurisjurandi reus, si non per actorem quominus de calumnia juret, steterit, per judicem solvere, vel jurare, nisi referat jusjurandum, necesse habet.* Sed in his multa desunt ad hanc partem pertinentia, quæ partim ex interpretatione veterum, et novis constitutionibus in his titulis, partim ex sententiis veterum, quæ alibi exstant, et ratione colliguntur. Quare de toto hoc jure dicendum est plenius, non solum quod valeat ad explicationem superiorum, sed etiam ad totius ejus juris cognitionem. Quod ut recte fiat, proponam initio, quæ hic quærantur: tum de his, ut fert eorum natura, dicam ordine. Habet autem hæc necessitas duas quæstiones: Quarum prior est natura, an quis cui de lite jusjurandum delatum est, cogatur jure suscipere jusjurandum et jurare; Sequens altera, si quis cogitur, et recusat, quæ sit cogendi ratio, seu quæ sit adversus recusantem pœna. Et quod in vi jurisjurandi fieri diximus, idem accidit et in necessitate jurandi, ut multum referat hic quoque, utrum extra judicium jusjurandum delatum sit, an in judicio; et si in judicio, utrum a litigatore, an a judice solo, ut fit in dubiis caussis.
2 † Extra judicium (1) jusjurandum de re delatum impune recusatur. Id enim liberum esse necesse est, ad quod faciendum nulla est ratio cogendi. Nulla autem hæc cogendi ratio, nisi per prætorem, judicemve qui solvere aut jurare cogat. *L. jusjurandum et, §. ait, hic. L. delata, C. eod.* Nec quisquam magistratus aut judex, qui id præstet, nisi ad quem judicio instituto aditum fuerit. Quare antequam id factum erit, nemo jurare cogitur: Ideoque et si quis delatum jusjurandum ante suscipere recusaverit, non nocebit ei recusatio, quo minus et actor quandoque judicio agens suas actiones, et reus quandoque conventus suas defensiones integras habeat. Tunc cogi posse incipiet, cum is qui prius detulerat, judicio instituto perseverabit deferre, et ille alter recusabit. Sed hoc de jurejurando, quod de lite defertur dictum est. Alia caussa est jurisjurandi de calumnia, quod exigitur ab eo, qui de lite jusjurandum prius detulerat. Hoc vero non recusatur impune, quamvis delatio extra judicium processerit. Finge actorem, cum extra judicium diceret pecuniam sibi deberi, deque eo esset cum debitore controversia, detulisse reo ut juraret se non debere, reum accepisse conditionem; sed ex edicto petiisse, ut qui detulerat, prius juraret de calumnia: Si is recusabit jurare: hæc erit pœna, ut habeatur remittenti similis, eoque ei quandoque agenti denegetur actio. *L. si non fuerit. hic:* de quo postea pluribus dicendum est inter caussas jurisjurandi recusandi. Judicio instituto, ubi ad magistratum judicemve qui cogat, ventum est, tum primum exsistit illa de re et lite jurandi necessitas, quam quærimus: quæ an sit ulla jure constituta, et quatenus, tum qualis sit, cognoscendum est. † Est vero jure constituta, 3
sed hactenus, ut sine caussa legibus cognita recusari jusjurandum non possit: cæterum ex caussa possit. De eo quod solus judex pro sua auctoritate in dubiis caussis exigit, non dubitatur. *L. admonendi, hic. C. ult. extr. eod.* At de eo quod defertur a parte parti quamvis in judicio, nonnullæ sunt dubitationes: quibus fit ut alii putent id in totum sine ulla caussa pro arbitrio recusari posse; alii posse non ab actore, sed tamen a reo. Quare de hujus necessitate initio statuendum est, ne prius ad caussas recusandi veniamus, quam constiterit aliquam ejusmodi caussam esse oportere. Sic ergo habeatur: etiam tunc, cum jusjurandum defertur a parte parti in judicio, adversarium per prætorem judicemve cogi jurare, quandiu nulla erit justa caussa recusandi. De qua sic verba sunt edicti in *L. jusjurandum et ad. §. ait, hic: eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam.* Quæ interpretans Ulpianus subjicit: *alterum itaque eligat reus: aut solvat, aut juret. Si non jurat, solvere cogendus erit a prætore.* Idem traditum de quovis judice in *L. delata, C. eod. delata conditione jurisjurandi,* aiunt Imperatores, *reus per judicem solvere vel jurare necesse habet.* Et quod de reo cogendo dictum est utroque in loco, exempli caussa dictum est; nihilominus ut intelligi debeat, idem et in actore, a quo jusjurandum postulabitur, valere: et quidem multo magis. Cum enim favorabiliores sint rei, quam actores: *L. favorabiliores, infr. de reg. jur.* perspicuum est, si reo jusjurandum delatum recusare non permittitur, id multo minus deberi actori licere juxta regulam juris. *L. non debet actori, infr. de reg. jur.* In quo factum id est, quod sub finem præcedentis capitis factum esse monui in iis

(1) Quia id ex mera conventione proficiscitur. Sneidv. *in §.* 11. *I. h. t. n.* 11. Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 73. P. Greg. So. *Synt.* 6. *n.* 3. Donel. *ad Rub. C. h. t. n.* 5. Caroc. (? 34. *principali.*

constitutionibus, quæ caussa per judicem jurejurando decisa, permittunt actori instrumentis postea repertis caussam ex integro agere: cum multo citius reo id permittendum sit, si ex eo jurejurando victus fuerit. Positum est nimirum et illic, et in hoc edicto id, quod majorem dubitationem habuit, ut hinc colligeretur una id quoque, quod minus dubium erat, quo brevitati consuleretur. Itaque et edicto et *d. L. delata*, statuitur ea necessitas, quam dicimus, ut quisquis erit ex litigatoribus, a quo adversarius jusjurandum petet, is per prætorem judicemve jurare, aut sententiam adversus se pati necesse habeat. Sed dubitationem hic quædam attulerunt. Primum. *L. generaliter*, §. *sed juramento*, *C. eod.* tum. *C. ult. extr. eod.* Postremo regula juris, *actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstet*, L. qui accusare. *C. de ed.* Ex quibus priores duo loci liberam recusationem jurisjurandi tribuere videntur omnibus, cum id defertur a a parte parti: Regula autem posterior tribuere videtur reo. Quod an ita sit, paucis
4 cognoscamus. † Et in *d. L. generaliter*, §. *sed juramento*, *vers. sin autem.* ita scriptum est: *sin autem is cui sacramentum est illatum vel a parte vel a judice* (intellige a judice parte postulante: nam de jurejurando necessario toto eo §. non agitur, ut supra docui) *hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare.* Atque his verbis motus (2) Accursius existimavit. Ita fuisse olim constitutam necessitatem jurandi, ut diximus; sed eam sublatam esse hac constitutione, nisi jusjurandum ita esset ante susceptum, ut placeret litigatoribus rem jurejurando decidi. Hoc ille ad *L. delata ad L. generaliter*, d. §. *sin autem is*, *C. eod.* sed maxime ad *L. manifestæ hic.* In qua etiam sententia fuit interpres juris Pontificii in *C. ult. extr. eod.* potestque videri ex eadem sententia expressum ipsum etiam illud *C. ult.* Sed hæc sententia magno consensu a nostris repudiata est, et merito. Non enim tantum per se falsa est, sed etiam ita aperte refellitur eadem illa constitutione, ut prope indignum sit venia, si quis ad id statuendum ea lege utatur. Quid enim Justinianus in extrema ejus legis? Diserte scribit, omnia quæ ante illic constituit, non ut aliquid derogetur antiquioribus legibus, hæc prolatata esse; sed ut si quid deesse eis videtur, hoc repleatur. Quod ut aperte testatus non esset: tamen ipse §. *superior*, quid illic sentiat Justinianus, satis declarat, et quidem ita, ut si alias unquam incivile sit, *tota lege non perspecta, una aliqua particula arrepta judicare aut respondere*, L. incivile, *supr. de leg b.* id precipue accidat in eo loco. Non enim illic Justinianus simpliciter scribit, eum cui jusjurandum delatum est, posse jusjurandum recusare; sed nominatim idque continenter, addito hoc temperamento ac velut exceptione, ut dicat posse quidem eum recusare hactenus, ut in recusationis caussam nihil diligentius inquiratur; non tamen ita, ut sit impune: posse enim judicem, si jusjurandum omnimodo præstandum existimaverit, idest, si existimaverit jusjurandum jure non recusari; posse, inquam, judicem adversus recusantem sententiam ferre, quasi is detulisset prius jusjurandum, ac sibi relatum suscipere recusaret. Quo casu scimus jusjurandum recusari non posse, sed recusantem pro convicto et confesso haberi. *L. jusjurandum et ad*. §. *datur. hic.* Tribuit quidem ibidem Justinianus judicato facultatem ab ea sententia appellandi; sed hac (3)

(2) Quem fere sequitur Petr. Gregor. 50. *Synt.* 6. *n.* 6. *et* Cothm. *Cons.* 82. *n.* 43. *et seqq.* Sed cum nostro DD. vulgo et Caroc. *Q.* 35. *principali* Duar. *in Post. Com. h. t. C.* 3. *sub fin.* Sich. *ad d. L.* 12. §. 1. *N.* 3. Bronch. 2. *Ax.* 24. Pac. 3. *Q.* 85. Horat. Carpan. *Statut. Mediolan. C.* 101. *vol.* 1.

(3) Pac. *d. Q.* 85. *ita* Resp. Quando dubitatur utrum recte delatum sit, potest de facto recusare, sed an jure recusatum sit, nec ne, judex dispiciet. Non obstat quod in his quæ sub conditione jurisjurandi relicta, Prætor jusjurandum remittit, indulgens meticulosorum superstitioni *L.* 8. *pr. de cond. inst.* Ibi enim nullius interest ut juretur, modo fiat quod testator voluit; hic publice interest lites finiri. Duar. *Poster. Com. h. t. C.* 3. Sed nec magni videntur ponderis quæ Cotman. *d. Cons.* 82. objicit. Veluti quod conditio jurisjurandi non nisi volenti imponatur, ex eo probat *n.* 49. *et seq.* quia speciem transactionis continet. Hac certe ratione sequeretur et olim libere recusari potuisse, quod falsum omnino. Item exinde *n.* 51. *et sequent.* quod fit contractus, ac quod judiciale quoque voluntarium sit, proinde ab invitis regulariter non exigi. Minus id probandum quod *n.* 53. contendit, in arduis caussis non esse locum jurijurando. Nam id quidem obtinet in necessario, ut not. *C. præcedente N.* 22. minime gentium vero in alio juramento. Nam quo gravior caussa, eo facilius admittendum jusjurandum judiciale: cum non ita de præjudicio partis adversæ contra quam juratur hic agatur, quippe litem suo consensu ita finiri volentis. Et passim *ibid.* jusjurandum suppletorium cum hoc confundere, nec quæ illius propria exacte secernere videtur. Quæ enim collectio ejusdem *n.* 71. In actione injuriarum, præsertim ad palinodiam nec suppletorium deferri potest, si

lege, ut velit confirmari sententiam a judice appelationis, si cognoverit jusjurandum bene esse illatum, non recte autem recusatum. Qua ex parte liquido apparet, posse jusjurandum recusari non recte, idest, non justa et legitima de caussa atque id cum fit, recusationem a judicibus admitti non debere, sed eum debere esse exitum quem adversus convictus aut confessos esse oporteret. Itaque si de necessitate jurisjurandi suscipiendi, ubi nulla recusandi caussa est, nusquam aperte cautum esset jure vetere: tamen una hæc constitutio in superiore loco ad hanc necessitatem inducendam abunde sufficeret.
5 † Sed hanc saltem in *C. ult. extr. eod.* remitti quis dixerit, ubi ita scriptum est: *Juramentum a te* (alloquitur judicem) *parti delatum, nisi justa de caussa non potuit recusari: quamvis quod in judicio a parte parti defertur, recusari possit licite, ac referri.* Hic, ut apparet, posterius jusjurandum de cujus suscipiendi necessitate nunc agimus, distinguitur a priore, idest, a necessario, ut vulgo vocatur. Dixerat autem Gregorius jusjurandum prius recusari non posse, nisi ex justa caussa. Ergo posterius dicens licite recusari, hoc dicere intelligitur, licite recusari etiam sine caussa. Verum ne hic quidem de potestate jurisjurandi recusandi aliud statuitur, quam jure civili, et edicto prætoris, etiam si quis maxime hoc capitulum pro jure certo admiserit. Ait enim rescriptum, id jusjurandum, quod a parte parti defertur in judicio, licite recusari ac referri. Non dicit simpliciter licite recusari: sed conjuncti *licite recusari ac referri:* quo significatur recusari quidem id licite, et quidem sine caussa, idest, sine alia caussa; sed tamen ita, dum simul ac conjunctim referatur. Hoc vero ita est, estque ex edictu et legibus prioribus, ut sit facultas recusandi, si quis malit referre jusjurandum. *L. jusjurandum et ad, §. datur, hic. d. L. delata. C. eod.* Quod si quis non referat, non aliter id licet recusare, quam si justa caussa fuerit; quod superiore rescripto non negatur. Si hoc sensit Gregorius, bene est: id enim dicit, quod jus est quodque volumus; sin aliter, ut interpres putavit, laborare magnopere non debemus. Sumptum enim id est ex falsa interpretatione *d. L. generaliter:* quam ille ita confirmare non potuit, ut jure civili derogaret. Ut enim ejus juris auctoribus summum imperium alia in administratione quis tribuat; tamen hoc constat, parem in parem imperium non habere. *L. nam magistratus, supr. de recept.* Non ergo superioribus locis libera recusandi jurisjurandi potestas datur ulli ex litigatoribus, aut datur secus, quam edicto et jure vetere cautum est.
† Restat illa regula juris certa qua traditur, actore non probante reum obtinere, etsi nihil ipse præstiterit. 6
d. L. qui accusare. C. de ed. qua si non datur hæc facultas recusandi actori, ut non dari certum est: at certe videtur aperte data esse reo; ut si jam regulam hic non sequimur, nihil videatur dici posse, cur non ea edicto prætoris, et *L. manifestæ, hic*, quam maxime adversetur. Pollicetur prætor se reum a quo jusjurandum petetur, jurare coacturum, aut solvere. Regula superior efficit, ne unquam cogatur reus jurare. Nam si actor probat; jusjurandum non deferet, sed volet reum convictum ex his quæ probantur damnari, ut jus postulat. *L. negantes, C. de ob. et act.* Ita hic non cogetur jurare reus ex edicto, cum jusjurandum ab eo non postuletur. Si actor non probat: volet quidem jusjurandum deferre reo; sed regula hoc casu necessitate jurandi reum liberat. Jubet enim eum absolvi, etsi nihil ipse præstiterit. Proinde etsi nec præstiterit jusjurandum, quod ab eo petitur, nec delatum adversario retulerit; nam alterutrum si ab eo exigitur, cogitur præstare aliquid priusquam absolvatur; quod regula prohibet. Licet ergo reo actore non probante nec jurare nec referre jusjurandum, ut nihilominus ipse debeat absolvi. Quod rursum si verum est; falsum est quod traditur in L. manifestæ, *hic: manifestæ turpitudinis et confessionis esse, nolle nec jurare, nec referre jusjurandum.* Nullius turpitudinis est facere, quod jure permittitur. *L. 4. §. ult. infr. de cond. ob turp. cau.* Nec pro confesso habetur is, quem jure absolvi oportet; cum confessi in jure pro judicatis habeantur. *L. 1. infr. de conf. L. unica, C. eod.* Quapropter videndum est, quomodo regula superiore hoc edictum, et ea necessitas jurandi, quam diximus in reo saltem non tollatur. Et Bartolus ad *L. manifestæ, hic*, rejecta Accursii partim falsa partim inepta ad hæc conciliando opinione; refert (4) omnes doctores ad suam ætatem in hanc di-

semiplene probatum. Ergo minus judiciale, omissis probationibus etc.

(4) Dissident tamen et in hoc, num delatum ab eo qui nihil omnino probavit, si nec præsumptione juris aliqua vel ipse juvatur, vel adversarius urgetur, recusari nequeat. Nam quod possit, statuunt *gl. in L.* 3. *Cod. tit.* Bald. Salic. Bart. Abb. et alii quos refert. Rod. Suarez. *in L.* 4. *fori tit. de Juram. n.* 5. et Mascard. *de Prob. Vol.* 2. *Concl.* 957. *n.* 7.

stinctionem consensisse, quam et ipse ut verissimam sequitur: ut dicerent, si actor statim fateatur apud magistratum se non posse, aut nolle probare, quod intendit, ideoque statim jusjurandum deferat, ibi jusjurandum recusari non posse; sed cogendum reum ex edicto aut jurare, aut jusjurandum referre, nec aliter eum absolvendum. Quod si actor onus probandi assumat, cumque dilationem ad eam rem accepisset, tandem defectus probatione jusjurandum deferat: tum regulæ locum esse, ut non sit cogendus reus vel jurare, vel jusjurandum referre, sed statim sit absolvendus. Neque id adversari edicto; quia edictum sic esset intelligendum, ut necesse esset jurare aut referre jusjuran-

et Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 81. *n.* 2. qui hanc communem vocant. Cui et adhærent Joan. Tavard. *ad §. item si* 11. *I. de act. n.* 12. Marsil. *Singul.* 83. (testatus ita pluries se obtinuisse) Fr. Herculam. *de Probanda negativa n.* 204. Hart. Hartm. *Obs. Pract. Tit.* 13. *Obs.* 3. *n.* 5. Stuat *Obs. Pract. Cap.* 20. *n.* 57. *et seq.* (qui ita se obtinuisse gloriatur) Cothm. *Cons.* 82. *n* 18. *et seqq.* Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit, Definit.* 23. et Caroc. *de Juram. lit. decis. Q.* 1. *principali* ubi *n.* 4. hanc magis communem vocat. Movetur 1.° *Cap. ult. §. ult. ext. hoc tit.* 2.° Actor et reus ad imparia obligari non debent. Ab actore plene probante reus condemnatur, nec jurijurando locus, adeo ut nec contraria consuetudo valeat. *C.* 2. *de prob.* Ergo nihil probante actore absolvendus reus, etsi non juret et *ut L.* 4. *Cod. de ed.* etsi nihil præstet 3.° Alias levissimus quisque, cui tuto non refertur juramentum, ad judicium prosiliens pro arbitrio molestiam creare poterit alteri, eumque jurisjurandi præstatione onerare. Alia quoque argumenta profert. Coth. *d. loc.* Et quidem 1.° Jurijurando ait, ita demum locus, si factum probari nequeat. *Exod.* 22. *v.* 10. *et* 11. 2.° Non temere deferendum; sed quatenus fieri potest, evitandum. 3.° Certis casibus deferri potest, sine probatione prævia *L.* 26. *§. ult. verb. in quo casu C. de Usur.* Ergo regula est in contrarium. 4.° Jurisjurandi conditio ita admittenda, si probationes deficiant. Ergo ita demum, ait, si probationum inopia, si difficilis, ea, si suspicio adsit, aut si deferens præsumptione gravi nitatur 5.° Et si caussa dubia. *L.* 31. *h. t.* Contra quod nequeat hinc recusari. Castr. Ang. Alex. et Alberic. et alii, ref. Suarez. *d. loc. n.* 6. *et seq.* qui hanc æquiorem et veriorem vocat *ibid. n.* 9. Quam amplectuntur Sneidvin. *in §.* 11. *I. de act. n.* 21. ubi post Jas eam communiorem vocat, ut et Gilken. *ad L.* 3. *C. hoc tit. n.* 7. Portador. 2. *Rer. Quotid. c. fin. P.* 1. §. 3. *n.* 2. Fachinæ. 1. *Contr.* 19. Et communem fatetur, licet eam reprobet, Cothman. *d. Cons.* 82. *n.* 12. Etsi alii ut supra contrariam receptam vocent, ut et Vigel. *Meth. jur. controv. Lib.* 2. *Cap.* 15. *Reg.* 11. *Exc.* 5. illam magis approbari a DD. reprobandam tamen, quod alia sit ratio decisorii, alia suppletorii juramenti. Sed et hanc Theodorici probant. Cujac. 22. *Observ.* 28. Duar. *in Prior. Com. hoc tit. Cap.* 6. *et in Poster. Cap.* 3. Forcat. *Dial.* 54. *n.* 4. *et* 5. Jac. Gourre. *ad L.* 2. *C. de resc. vend. pag.* 157. *ac seq.* Bronch. 2. *Ax.* 24. Et pro ea clari testus 1.° *L.* 35. *pr. h. t. omnibus probationibus aliis deficientibus.* 2.° *L.* 25. *§. pen. de probat.* 3.° *L. ult. Cod. de fideicom.* 4.° *L.* 12. *pr.* ibi: *vel in principio litis.* Ergo et quo tempore nondum quidquam probatum. *Cod. hoc tit.* 5. *L. ult. §. licentia* 10. ibi: *vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint.* Cod. de jure delib. 6.° Edictum Prætoris *L.* 34. §. 6. *hoc tit.* indistincte loquitur sine conditione probationis antea factæ. 7.° Generalis quoque *L.* 38. *hoc tit.* definitio. Denique 1. *Feud.* 4. §. 2. Accedit Donat. *in Hecyra* Terent. *Ubi,* inquit, *argumenta et testimonia deficiunt, jurejurando opus est.* Cujac. *d. loc.* Atque hoc utilius, faciens ad expeditionem litis. Eoque maturius uti juramento convenit, quo magis expedit lites citius fieri. Et jure Sax hæc quæstio clare decisa. *Lib* 1. *Artic.* 6. *et Lib.* 2. *Art.* 22. Beust. *in Rub. D. h. tit. n.* 70. Facs. *Inter diff. Zobel. P.* 1. *Diff.* 21. *n.* 6. Coler. *Decis.* 122. *n.* 2. ita in judiciis servari testatus. Nec obstant superius adducta. Nam 1.° *d. Cap. ult.* loquitur de juramento purgatorio et suppletorio a judice deferendo. Ad 2.° Respond. dissimilia hæc. Illic juramentum supervacuum, quia caussa ex probatione satis liquida. Hic vero negatione adversarii dubia. Fachin. *d. C.* 19. Quid quod sæpe actori a reo defertur. Ubi certe non est deferentis ut antea aliquid probet: Finge: Convenis me ex caussa mutui. Ego defero juramentum. Dicesne me non antea audiendum, quam aliquo modo probavero mihi nihil creditum esse add. *infr. N.* 6. Ad 3. Respond. Huic periculo occurrit jusjurandum calumniæ ut *C. seq.* Facilius diluuntur rationes Cothmanni, quæ nec sibi probe constant, si in thesi applicentur. Aliquanto magis conveniunt in specie illic proposita, *dict. Cons. n.* 34. ubi nempe plurium testium copia est, qui possunt id, quod in actionem deductum, verum vel falsum affirmare. Et ubi ordinario medio probationis legitimæ veritas haberi potest. Alias rationes, 1.° et 4.° fortius retorqueri, manifestum est. Ad 2.° Respond. Immo ubi aliquid jam probavit deferens, major metus perjurii quam ubi nihil. Ad 3. Resp. *d. L.* 26. *in fin.* loquitur de juramento purgationis deferendo ei, qui suspectus de fœneratitia pravitate, et male huc applicatur. Ad 4. Respond. confunditur jusjurandum necessarium cum judiciali, cujus longe alia ratio.

dum, nisi justa ex caussa jusjurandum recusaretur: hæc autem justa esset caussa recusandi, quod actor probationem in se assumpsisset. Et verisimile est, hanc sententiam illam ipsam esse, quæ hinc sumpta, relata est in *C. ult. ext. eod.* sic enim illic verba sunt: *sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etsi nihil præstiterit, obtinere.* Non dicitur, si actor non probet, sed si actor in probatione defecerit: quæ verba ad eum referuntur, non qui statim omnem probationem abjiciat, sed qui probatione suscepta deficiat in eo, quod suscepit. Sed neutra pars hujus distinctionis vera est, et semper res in eodem luto hæsitat. Volunt, si actor apud magistratum statim initio litis omissa omni alia probatione jusjurandum deferat, reum cogendum jurare, aut jusjurandum referre. Dicitur hoc convenienter edicto; sed regula refragatur. Verum est enim, etiam eum actorem non probare, qui statim probationem omittit. Regula autem sic concepta est: ut velit. non actore deficiente in probatione, sed actore non probante reum obtinere, etsi nihil præstet: ut hoc saltem quærendum fuerit, quomodo regula hac in parte cum edicto, cum *L. manifestæ, h c, cum L. delata, C. eod.* con-
7 veniret. ✝ Sed quod præcipue animadvertendum est, volunt, si actor initio probationem in se susceperit, ac deinde probatione defectus jusjurandum deferat, reum non esse cogendum jurare, aut referre; sed statim quamvis nihil præstet, esse absolvendum. Sit hoc sane ex verbis superioris regulæ, atque sententia: at edicto adversatur. Ita dum regulam volumus servare, edictum amittimus. Nihil enim distinguit prætor; sed omnem reum a quo jusjurandum petetur, cogit jurare aut solvere, nisi referat jusjurandum. *L. jusjurandum et ad, §. ait, et §. datur, hic* Petit autem jusjurandum tam is qui petit postea, quam qoi ab initio. Sed et quod dicitur in *L. delata, C. eod.* reum per judicem necesse habere jurare, satis indicat etiam tum eum cogendum eum actor probatione suscepta paulo longius in judicio processit: sic enim proprie judex esse incipit, si res subjiciatur ejus cognitioni. Negant tamen edictum repugnare, quo minus hic jusjurandum recusetur, quia sit justa recusandi caussa: Si quidem esset justa, recte dicerent. Nam et ita jus esse, ut ex caussa recusari jusjurandum possit, paulo post ostendemus. Sed quam hic caussam adferant, videamus. Quia, inquiunt, reus in se suscipiendo probationem jurijurando renunciavit. Hoc vero aperte falsum est. Ut enim nemo probibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversæ sint: *L. nemo infr. de exc* sic nemo pluribus generibus probationum, aut viis ad aliquid obtinendum. Licet uti argumentis; licet et instrumentis, et testibus simul in eadem caussa *L. 1. C. de testi.* Quod si quis cœperit rem testibus probare, nemo unquam dicet, quia diffidat se id posse consequi testibus, prohiberi eum uti instrumentis, vel argumentis; aut contra, cum liceat, simul uti omnibus. Denique ad unam probationis speciem cognitio alligari non debet, sed quodcunque ad vincendum actor aut reus adferet, id judex admittere jubetur, et inde ex animi sui sententia æstimare, quid credat, aut sibi parum probatum opinetur. *L. 3. §. ejusdem, infr. de testib.* Atqui ad convinciendum reum duæ hæ rationes proditæ sunt jure inter cæteras, idonea probatio, et delatio jurisjurandi: Nam et hæc pertinet ad eruendam veri confessionem adversario: quem credibile est jurejorando sibi delato, priusquam pejeret, ultro de re confessurum esse, siquidem jurare cogitur. Quamobrem nihil vetat utramque ex his tentare in judicio, et una earum initio institnta, si ea non succedit, ad alteram confugere. Sed probat Bartolus renuntiationem ex *L. si quis jusjurandum, C. eod.* qui locus potius eum confutat. Diserte enim illic cautum est de eo, qui primo jusjurandum detulit: postea quod detulerat, priusquam præstaretur, revocavit, dum existimat se posse probare quod intendit: tandem mutato consilio rursum ad jusjurandum recurrit. Hoc illi denegatur, addita hac ratione, quia *absurdum sit redire ad hoc, cui renuntiandum putavit, et cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare.* Ergo si quis aute jusjurandum non detulit, aperte cessat constitutio: quia neque intelligitur revocasse, qui prius non detulerat, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum id defert. Quid ergo? (5) actore sta-

(5) Ita et Fachinæ. 1. *Contr.* 20. et consentit Busius *ad L.* 38. *h. t.* Quomodo pluries Senatus Pedemon. judicavit, Cacheran. *Decis.* 97. *et* Tessaur. *Decis.* 93. *initio.* Ac facit 2. *Feud* 33. §. *ult.* (Diss. cum DD. vulgo Mynsing. *ad Cap.* 2. *extr. de probat. n.* 11.) Sed hæc ita, ubi publicatæ jam attestationes et inde cognovit actor, se per testes suos nihil probasse. Antea si deferre velit, non audiendus ne si reus juraverit, postea periurium ejus detegatur. Vid. Tessaur. *d. loc. et* Anton. Fab. 19. *Err. Prag.* 9. Quin et si sententia probatio-

tim non probante, aut postea in probatione suscepta deficiente, si is jusjurandum deferat, reus absolvendus non est, sed aut jurare cogendus, aut jusjurandum referre, nisi sit justa aliqua recusandi caussa? Plane hoc dicimus, idque edicto expressum est in *L. jusjurandum et*, §. *ait*, *hic*. *et in L. delata*, *C. eod.* Quid ergo superest, dicat aliquis, nisi ut manifeste regula superior adversetur: quæ tam diserte actore non probante vult reum obtinere, etsi nihil ipse præstet? Nullo vero modo ea adversatur: quia neque ad actorem jusjurandum deferentem, neque ad reum id sine caussa recusantem pertinet: ut caussa omnino non fuerit, cur propter hanc ita edicti verba et sententiam, tum *L. manifestæ*, *hic*, convellere aut mutare vellemus. Non pertinet (6) regula ad acturem jusjurandum deferentem: quoniam de actore non probante loquitur: non est autem in hoc numero is, qui defert jusjurandum. Hæc enim delatio ita actori jure tributa est, ut si adversarius recusaverit, statim ea res actori pro justa probatione cedat: placet enim reum haberi pro confesso ac velut convicto. *L. manifestæ*, *hic*. Neque vero alia de caussa ita habetur, quam quod actor jusjurandum deferendo, reum in eam necessitatem confessionis, quæ omni probatione major est, conjecit: idest, hoc facto istam sibi velut probationem comparavit. Atque ut forte quis dicat actorem hoc modo pro probante haberi non debere: tamen regula ad eum reum, qui jurejurandu delato non vult jurare, neque referre jusjurandum, haud dubie non pertinet. Hoc enim sumo, quod omnes concedent, regulam non pertinere ad confitentem reum, sed ad negantem id, cujus probatio ab actore exigitur. Quorsum enim exigere probationem ejus, quod reus ultro confitetur, cum eo confitente lis tollatur? *L.* 3. *C. quib. ad lib. pro non lic.* Sed et illud certi juris est, confitentem in jure reum non esse absolvendum, sed statim damnandum, ut solvat, eique spatium ad solvendum dandum, si petat: idem nimirum, quod judicatis. *L. si debitori*, *supr. de jud.* Itaque est hic sensus regulæ: actore non probante, reus qui negat, quod intenditur, et ob id ut in re controversa juste probationem ab actore exigit: hic inquam, reus actore non probante obtinere debet, etsi ipse nihil præstiterit. At hoc concesso res confecta est. Reus enim qui jusjurandum delatum recusat sine caussa, hoc ipso confitetur se debere: certe jure pro confitente habetur. *d. L. manifestæ*, *hic.* Quo fit, ut ad hunc regulam non pertineat, eoque nec adversetur edicto, quod de ejusmodi reo scriptum est: proinde nec patrocinetur reo, quominus jurejurando sibi delato ex edicto jurare debeat, quantumvis actor nihil probaverit. Hanc regulam si ita acceperunt juris Pontificii auctores in *d. C. ult.* §. *sane. extr. eod.* recte senserunt. Sin aliter; non magis sunt audiendi, quam illi ex nostris, a quibus istam sententiam, de qua dixi, sunt mutuati. Constabit igitur hæc sententia de necessitate suspiciendi jurisjurandi: cum jusjurandum in judicio delatum est, non tantum si a judice pro auctoritate delatum erit, sed etiam si parte parti, necessitatem imponi ei, cui delatum est, ut suscipiat: verum hactenus, ut non possit recusari sine caussa legibus cognita. Cæterum ex caussa utrumque potest. *L. generaliter*, §. *sed juramento*, *C. eod.* c. *ult. extr. eod.* Idque ita esse, caussis ipsis expositis evidentius patebit. Aliter tamen recusari potest, quod a parte parti defertur; aliter quod a solo judice; ut in his caussis exponendis separatim de utroque dicendum sit. Cujus partis explicatio eo nobis difficilior est, quod nusquam ex professo de his caussis agitur sub his titolis, ac ne indicatur quidem quidquam, unde eas caussas vel procul conficere liceat. Quinimo ea sunt hic de his tradita, quæ hanc cognitionem magnopere impediunt. Proponuntur enim alicubi, et quidem tum, cum de hac facultate ex professo agitur, jurisjurandi recusandi caussæ ad summum duæ, et intra eas consistitur in *L. jusjurandum*, et §. *ait*, §. *datur*. *hic*, et *in L. delata*, *C. eod.* Quorsum, dicat aliquis, nisi ut significetur plures non esse? quod tamen longe secus est. Danda est ergo opera, ut hæc quoque pars nobis ex suis locis recte et dilucide aperiatur.

nem injunxit, non licere hoc jusjurandum deferre judicatum, ut ex M. Pist. *not. supr. Cap.* 10. *N.* 6.

(6) Bronch. 2. *Ax.* 24. post Cujac. 22. *Obs.* 28. Resp. etsi nihil præstet, id est, non probet exceptionem, quam contestatus est. Duar. *in Comm. hoc tit. Cap.* 6. regulam *d. L.* 4. intelligi debere cum hac exceptione. Occurrere hic ἀντινομίαν κτι πρίςχσιν. Proinde nos sequi quod utilius est.

CAP. XIII.

Recusandi judicialis jurisjurandi caussæ.

SUMMARIA.

1. *De calumnia si postulanti prius non jurat, qui jusjurandum detulit, recte recusatur jusjurandum, et cur.*
2. *Jusjurandum de calumnia quibusdam remitti, et quibus.*
3. L. ult. C. de frue. et lit. exp. *sententia.*
4. *Auctor feudorum in* Tit. de consu. recti fen. §. in quibus, *notatur.*
5. *Jusjurandum de calumnia in hac caussa non obrogari* Novel. de his qui ingre ad app. §. ult. *et de sententia ejus loci.*
6. *De calumnia non jurantis pœna duplex.*
7. *Revocato semel jurejurando, postea id deferre invito non licere: et hinc recusandi caussa.*
8. *Referre jusjurandum licere, ut hoc facto quis non cogatur jurare: sed non semper, et quibus de caussis non liceat.*
9. *Ignota de re nemo jurare cogitur.*
10. *Jusjurandum improbatæ religionis nemo subire cogitur.*
11. *Cæremonia jurisjurandi quatenus præstet recusandi caussam.*
12. *Jusjurandum recte recusatur, ex quo imminet periculum existimationis, et ubi hoc periculum, ac de* L. alias, hic, *et n.* 15.
13. *Jusjurandum item, quo amittitur quod non jurans habiturus fuerit, et ubi id accidat.*
14. *Emptor de proprietate rei a se emptæ, an jurare cogendus sit.*
15. *Jusjurandum quod juranti inutile futurum est ex persona deferentis, recte recusatur: et de* L. alias, hic.
16. *Qui de re jam idonee probavit, is jurare cogendus non est.*
17. *Caussas justas recusandi jurisjurandi non rejici edicto, non* L. manifestæ, *hic, et cur, cum hæc sine exceptione de non jurante cogendo generaliter scripta sint.*
18. In L. ideo, rer. am. *quid sit*, edictum ita ordinatum videri, *ne quis jurare cogatur de facto alieno.*
19. *Non esse idoneam caussam jurisjurandi recusandi, si is qui defert, sit turpis et pejerare solitus.*
20. *Nec Episcopis et Ministris verbi Dei jusjurandum remitti.*
21. *Jusjurandum quod a judice defertur in dubiis caussis, recusari non posse, nisi sit de re ei cui defertur, ignota, aut illicitum.*

Justæ vero sunt ad id jusjurandum, quod a parte parti defertur, recusandum (1) caussæ. Quæ numero plures et variæ cum sint, ad certa et pauca hæc genera revocari possunt. Sic enim sunt constitutæ, ut partim ex facto deferentis recusanti nascantur; partim ex facto ipsius cui defertur; partim ex re quæ postulatur, id est, jurejurando. In deferente duo facta sunt, quibus ipse sibi deferendi potestatem adimit: unum, si jurejurando a se delato recuset ipse, postulante adversario, prius jurare de calumnia; alterum, si jusjurandum ante a se delatum revocaverit, quod nunc iterum tentet exigere. Prius constitutum edicto; Posterius constitutionibus; unde totidem ad recusandum caussæ ex facto deferentis. † De jurejurando 1
de calumnia ita scriptum est in *L. jusjurandum et ad*, §. qui jusjurandum, *hic, qui jusjurandum defert, prior de calumnia debet jurare, si hoc exigatur: deinde sic ei jurabitur.* Hoc vero nihil aliud est, quam ei qui jusjurandum defert, priusquam juret ipse de calumnia, non necesse habere adversarium jurare, sed juste ab eo jusjurandum recusari. Exigendi hujus jurisjurandi ratio hæc fuit. Fieri enim potest, ut qui defert jusjurandum, sciat sibi nihil deberi: idcirco au-

(1) Caussas recusandi XIII. recenset Gilken. *in L.* 12. §. 1. *Cod. h. t.* XVII. vero Caroc. *Quæst.* 32. *principali et* Purpurat. *ad L.* 38. *h. t.* ref. Thessauro *Decis.* 256. *n.* 1. 20. denique Lancell. Conrad. *de Offic. Præt. in causs. civil. V. Juramentum n.* 8.

lem deferat, quia vel adversarium traducere cogitet tanquam religionis contempturem, si juraverit; vel cui timet illum metu religionis non facile juraturum: et hac illius superstitione in re falsa abutatur. Id quod si neget se sentire, est æquissimum, ut adversario jusjurandum de ea re postulanti non deneget, qui ab illo de ipsius affirmatione aut inficiatione jusjurandum postulat: ut eam conditionem prius in se (2) admittat, quam in adversarii persona æquam esse judicavit. *L. 1. supr. quod quis. jur.* Sed cum ex hac parte ita demum nascatur justa recusatio delati jurisjurandi, si jusjurandum de calumnia prius injungatur deferenti, et ab eo non præstetur: eo fit, ut non semper liceat jusjurandum de lite delatum recusare ob non præstitum a deferente jusjurandum de calumnia: quoniam neque simpliciter injungitur hoc jusjurandum iis, qui jusjurandum de lite detulerunt, neque injungitur omnibus. Injungitur hac conditione, si exigatur. *d. L. jusjurandum et ad, §. qui jusjurandum:* intellige ab eo, cui jusjurandum de re et lite defertur, idest, si is, cui jusjurandum defertur, postulet a deferente, ut prius de calumnia juret. Proinde si hoc ille non exiget, nulla ei recusandi, aut improbandi jurisjurandi caussa futura est ob id, quod qui de lite detulit, prior de calumnia non juraverit. Idque est, quod dicitur (3) in *L. delata. C. eod.* satis esse adreum jurare aut referre cogendum, si conditione delata ab actore, per eum non stet, quominus de calumnia juret.

Sed et ✝ quibusdam hoc jusjurandum remittitur, ut cum hi jusjurandum de lite deferent, non possit adversarius delatum recusare ideo, quia illi de calumnia nolint prius jurare. Hi sunt patronus, et parens. His vero remitti jusjurandum de calumnia tam multis et his tam diserte scriptis locis testatum est, ut de eo ambigi non possit: ut *L. licet, infr. de obs. a lib. L. si patronus, hic. L. de die, §. ult. supr. qui sat. cog. L. qui bona. §. si aliter, infr. de dam. inf.* Quod eo moneo, ut manifestum mendum esse intelligatur in Pand. Florent. in *d. L. jusjurandum, et §. qui jusjurandum,* cum ita scriptum est, *hoc jusjurandum de calumnia neque patrono, neque parentibus remittitur.* Ubi apparet ita legendum esse; hoc jusjurandum de calumnia (4) æque patrono atque parentibus remittitur: ut et 2

(2) Quam fidem ex aliis quærit, de moribus suis ipse præstet, *Novell. Leon.* 99. Et licet jura Saxon. generale jusjurandum calumniæ in usu non sit, ut not. *supr. h. lib. Cap* 3. *N.* 5. speciale tamen hoc eo quoque jure præstandum, per text. *Lib.* 2. *art.* 22. Fachs. *Diff. jur. civil. et Sax.* 52. *inter diff.* Zobel. *P.* 1. *Diff.* 21. *n.* 8. *et Diff.* 47. *inter* Zobel. *Diff.* 24. *P.* 1. Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 181. Obrech. *de Jurejur. calum. cap.* 2. *n.* 7. Confirmat *Novel. Elect. Augusti* 12. *P.* 1.

(3) Don. *ad d. L.* 9. *n.* 4. Recte. Neque enim convenit, ut ipse sponte se ad jurandum offerat. Ac licet de juramento calumniæ generali num tacite remitti possit, anceps contentio, ut not. *supr. C.* 3. *N.* 15. quin tamen speciale possit, non ambigitur, *L.* 6. §. 2. *de eden. L.* 5. §. 14. *de oper. nov. nunc.* Cum ob privatam cujusque caussam exigi soleat, nec ad judicii ordinem pertineat, Forner. 2. *Select.* 4. Obrecht. *de Juram. calum. C.* 11. *n* 13. *et seq.* Plane etsi non protinus post ipsam delationem, aut dum illud acceptavit, hoc deferente exigit, postea tamen exigere potest, Caroc. *Q.* 23. *principali n.* 3. Rauchb. *Part.* 1. Q. 10 *n.* 16. Quin et in secunda instantia, ac prosecutione appellationis ante præstitum juramentum principale exigi potest, Beust. *in Rub. h. t. n.* 191. Rauchb. *d. loc. n.* 20. Ac licet Zobel. *P.* 1. *Diff.* 24. *n.* 1. velit post litem contestatam vel jurandam præstatim, exigi hoc non posse, quod stabilito judicio nihil immutari debeat. Contra tamen recte Rauchb. *d. Q.* 10. *n.* 20. *et seqq.* Sed quid si necessitas jurandi reo sententia imposita, eaque vires rei judicatæ sortita, nunquid hoc calumniæ sacramentum potest ab actore qui detulerat exigere? Ita post magnas varietates obtinuisse refert Rauch. *d. Q.* 10. pluribus id argumentis firmans et ex eo transcriptor Setser. *Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 8. *et seqq.*) ut et Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 14. Rationes præcipuæ hæ: 1.° Lege non cautum quod hoc peti debeat ante sententiam latam. Hic autem potissimum eum de excludendo aliquem jure suo agitur, nihil sine lege asserendum. 2.° Actus, cui peragendo certum tempus lege non præfinitum, quocumque expediri potest. 3.° Et alias juramento calumniæ locus in quavis parte litis, ante conclusionem caussæ. 4.° Si quis simpliciter conditionem jurandi suscepit, tamen hoc postea recte exigit, ut dictum: magis utique cui sententia id injunctum. Quippe minus huic imputari potest, cur non prius exegerit, qui ante sententiam putavit non rite delatum esse. Et nulla mora, ubi nulla obligatio, et in iis quæ non sunt liquida. Ergo neque hic ante sententiam. Quam postrema ratio satis valida.

(4) Quam affirmativam lectionem se in duobus manuscriptis invenisse scribit Obrech. *de Juram. calum. C.* 5. *n.* 29. Sed et ipse tum in iisdem duobus in Biblioteca ejusdem Clariss. viri, Argentinæ, tum in pluribus aliis, quos diversis locis ac Bibliothecis publicis perscrutatus fui, eandem reperi, nullo penitus eorum quos ipse edit, ut minimum in hoc di-

legitur in aliis exemplaribus, et legis Accursium in glossa ejus §. constat. Tributum hoc est (5) honori parentum et patronorum, ne qua adversus eas actio intentetur, ne qua his exceptio objiciatur, ne qua sit denique ab his postulatio, quæ doli aut fraudis habeat mentionem. *L. 2. L. parens, L. licet. infr. de obs. a lib.* Patrono remitti hoc jusjurandum cum dicimus, intelligi volumus etiam patronam, liberosve aut parentes patroni patronæve: nam et his idem honos edicto tribuitur. *d. L. parens, de obs. a liberis.* Jure feudorum et domino hoc jusjurandum remittitur adversus vassallum et contra vassallo adversus dominum. *Tit. de consu. rect. feu.* (6) §. *in quibus.* Sed de calumnia, inquam, jusjurandum his remittitur; *quoties autem propter rem juratur*, ait Paulus, non item. *L. quoties.* hic. *Propter rem* sic accipe, propter rem de qua agitur, idest, litem, seu rem quæ in judicium deducta est. ut exemplo ibidem Paulus declarat: neque enim in hoc jurejurando deferendo aut doli mali, aut calumniæ parentis, patronive fit mentio.

Quæsitum est, an quod parenti et patrono hic tribuitur, contra quoque tribuendum sit filio et liberto, ut his jusjurandum parenti aut patrono deferentibus. ipsis quoque jusjurandum de calumnia itidem remittatur. Non quærerem, nisi vulgo placeret idem esse tribuendum: hoc enim Accursius (7) probat *Tit. de consu. rect. feud.* §. *in quibus.* et cum aliis Bartolus *ad L. jusjurandum et.* §. *qui jusjurandum, hic*, idque bis argumentis: primum quod quibus privilegiis in judicio quis utitur, iisdem et adversario uti concedendum est, ut est constitutum *L. ult. C. de fruct. et lit. exp.* deinde quod ut jusjurandum de calumnia remittitur domino feudi deferenti jusjurandum vassallo, ita placet remitti et deferenti vassallo in *d. tit. de cons. rect. feud.* §. *in quibus*, addita hac ratione, ut quod quisque juris in alium statuit, ipse eodem jure utatur. Ego autem miror, quomodo illis hæc sententia etiam in mentem venire potuerit, quæ tam manifeste falsa est. Cur enim parenti et patrono remittitur jusjurandum de calumnia? nominatim hac de caussa, quia filius parenti, libertus patrono honorem et reverentiam debent: quibus repugnat parentem patronumve alicujus dolo aut calumniæ insimulare. *L. 2. L. licet, infr. de obs. a lib.* Itaque huic beneficio personæ conditio et certa caussa locum facit. Nihil est in toto jure certius, quam ubi personæ conditio et certa caussa locum facit beneficio, ibi deficiente persona et caussa beneficii, beneficium quoque deficere. *L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. jur. L. quod dictum, supr. de pact.* An ergo eadem

screpante, etsi alii sic: *æque Patrono atque parentibus*, alii *æque Patrono parentibusque*, alii *patrono parentibus*, sine coniunctiva particula, Convenit. *Synops. Basil. Lib. 22. tit. 5. Cap. 30.* ὃν οὐκ ἐνάγουσι πατὴρ ἢ πάτρων. Et ita Cujac. 9. *Obse.* 37. Duar. *in Poster. Comm. h. t. C.* 3. Pac. 3. *Q.* 83. Leunclav. 2. *Notator.* 37. Mercer. *in Conciliat. p. m.* 707. Leon. 5. *Emend.* 20. Anton. Fab. 1. *Jurispr.* 5. *Princ.* 2. *Illat.* 9. Borch. *C.* 7. *n.* 23. *et seq.* (et ejus verbis Setser. *Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 42.) Gilk. *ad L.* 9. *C. hoc tit. n.* 3. Speckh. *Cen.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 24. Val. Guil. Forst. *de Jur. Interpr. Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 15. Quomodo et nulla mentione variantis lectionis legunt. Sich. *ad L.* 2. *pr. C. de jur. calum. n.* 9. Frid. Schenck. L. Baro a Tautenb. *Progymnasm. fori Lib.* 2. *tit.* 8. Caroc. *h. Tr. Quæst. principali* 13. *n.* 12. Sane Forn. 2. *Sele.* 4. statuit regulariter hoc remitti parentibus, etc. Sed exceptionem esse, nisi propter rem juretur, veluti de pecunia credita ab actore vel reo, *L.* 14. *h. t.* Sic accipit negative lectionem Florent. *d. L.* 34. §. 4. Sed notatur a Cujac 9. *Obs.* 36. *circ. med.* quia jusjurandum de calomnia, de persona est, non de re. Et si honor personis his habendus, remitti illis convenit.

(5) Ita Borch. *Cap.* 7. *n.* 27. Obrech. *de Juram. calum. C.* 5. *n.* 21. *et seq.* adversari reverentiæ ut hi, quibus ea debetur, suspicionem calumniæ vocentur. Idemque esse, etsi alieno nomine parens vel patronus interveniat. Caroc. *Q.* 13. *principali n.* 12.

(6) Vid. Vult. *Lib.* 2. *de Feu. C.* 3. *n.* 16. ubi inquirit, num idem in Vassallo eo, qui jurejurando fidelitatis non obstrictus, quod affirmat. Plane hanc dispositionem feudalem in Camera non observari verius putat Rutg. Rulant. *de Com. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 14. *N.* 12. Confer. Matth. Boys *addit. ad Tr. Correlativ.* Baptist. de S. Blasio *C.* 3. *n.* 20.

(7) Ita Cujac. *Lib.* 4. *de Feud. t.* 36. ut sit jus æquabile. Et generaliter, ait, in omni lite, quod ultro uni litigantium concessit Princeps, eo ut fruatur pars adversa. ne unus plus altero oneretur, *dict. L. ult.* Sed Duar. in *Prior. Comm. h. t. C.* 4. Æqualitas, ait, hæc inæqualis. cum reverentia non sit mutua. Nam et patronus libertum famoso judicio convenit. Et ut Caroc. *Q.* 2. *Quæst.* 13. *princ.* magis confidit Lex in patre erga filium, ne calumniari videatur, quam contra add. Obr. *de Jur. cal. C.* 6. *n.* 7. qui ad *d. t.* 33. 2. *F.* Resp. Jus singulare producendum non esse. Diss. cum Bart. et A. del Re *de Juram. cal. C.* 28. *n.* 19. *et* 2. *seq. et n.* 57. Confer. Nic. Intrigliol. *Tr. de feud. Q.* 62.

est persona filii quæ patris; eadem liberti, quæ patroni? aut an æque pater filio, aut patronus liberto honorem debet? Imo utrumque absurdum est dicere. Absurdum igitur ob eandem caussam idem filio et liberto tribui. Vel hoc ipsum, quod tot locis traditum est, remitti hoc jusjurandum nominatim parentibus et patronis, satis argumenti esse debebat, retineri id in aliis omnibus, in quibus eadem ratio non sit, atque in his regulam hujus edicti confirmari, nisi quid et de aliis alibi cautum esset. *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa legata, infr. de just. vel inst. leg.* Atqui hoc jusjurandum filiis aut libertis remitti nusquam legimus: et vero absurdum esset pariter re-
3 mitti, ut ostendi. † Moventur *L. ult. C. de fruct. et lit. exp.* quam omnino male acceperunt. Scripta est enim adversus eos non qui beneficio quolibet donati sunt, sed qui privilegio: neque adversus hos omnes, sed eos qui eodem hoc privilegio in judicio utantur: placetque, ut adversario contra eodem jure in eo judicio uti liceat. Quorum neutrum dici potest in jurejurando calumniæ, quod patri remittitur. Primum hæc remissio non est privilegium: siquidem privilegium est id, quod alicui vel corpori, vel personæ datum est contra rationem juris, nulla alia de caussa, quam ut corporis ejus aut personæ ratio habeatur, est enim privilegium lex privata, jus singulare, quod idem personam non egreditur. *L. 1. in fi. de consi. princ. L. quod contra, L. jus singulare, supr. de legib.* nec melius id declaratur, quam exemplis *d. L. ult. C. de fruct. et lit. exp.* ubi in privilegiis, de quibus illic cavetur, hæc habentur: quod quibusdam conceditur vel sportulas litis non nisi ad certam quantitatem præbere, vel expensas litis aut minuere, aut penitus non agnoscere: quæ omnia contra rationem juris esse, et ad nonnullam injuriam adversarii spectare constat. Quod autem remittitur patri patronove, ne jurent de calumnia, non contra rationem juris, sed certa et manifesta juris ratione his tribuitur: nempe quod filius patri, libertus patrono natura honorem debet. Quapropter non potest hoc jus ab alio,
5 in quo hæc ratio non sit, ullo modo quamvis in eodem judicio usurpari. Et certe plus quam ridiculum est, si quia pater postulat in judicio se pro patre haberi et observari a filio, filius itidem contra postulet a patre se ab illo pro patre haberi. At hic postulat filius, qui sibi adversus patrem jusjurandum de calumnia remitti postulat, quod patri nisi ob honorem et reverentiam illi debitam remittitur. Sed etsi quis dederit privilegium esse, quod patri jusjurandum de calumnia remittitur: tamen nisi ipse eo privilegio utatur in judicio, non debet adversario filio idem tribui ex superiore constitutione. Porro cum filius jusjurandum de lite deferet, et volet sibi jusjurandum de calumnia remitti, nunquam potest evenire, ut pater idem postulet, eoque et suo hoc beneficio in hac re utatur. Nihil enim hoc casu relinquitur patri, nisi ut aut juret ipse, aut filio referat jusjurandum: neque vero juranti de lite, aut jusjurandum referenti necessitas imponitur de calumnia jurandi, ut necesse sit patri hujus jurisjurandi remissionem postulare. *L. jusjurandum et ad. §. datur. hic.* Quare nec ex ea lege filius ejudem jurisjurandi remissionem impetrare potest adversus patrem, qui in judicio hac remissione non utitur. † Quod autem in *Tit. de cons. rect. feu. §. in quibus*, scriptum est, quod placuit 4
sacramentum calumniæ a domino non exigi, id etiam de vassallo intelligendum esse, ut quod quisque juris in alium statuit, ipse eodem jure utatur: non est ejusmodi, ut movere nos debeat. Aut enim auctor sentit etiam vassallo mutuum honorem a domino deberi, propter quem vassallo quoque hoc jusjurandum remitti oportet, aut non deberi. Si deberi: nihil exemplum ad hunc locum pertinet, ubi constat qui honos parenti aut patrono debetur natura, eundem nequaquam deberi filio aut liberto. Si non deberi: non recte sentit, cum exemplo domini colligit etiam vassallo remitti debere jusjurandum. Repugnat recta ratio, et totius juris civilis consensus, quo fit, ut quod certa de caussa recte et sine alterius injuria constitutum est, id caussa cessante ad alias res aut alias personas transferri non debeat, *d. L. quod dictum, supr. de pac. L. in omnibus caussis id, infr. de reg. jur.* Sed præcipue hoc jus in eo de quo quæritur, valere oportet. Cum enim jusjurandum remittatur patri propter honorem et reverentiam his debitam; *d. L. 2. L. licet, de obs.* non tam absurdum est, quam impium hoc idem tribuere filio adversus patrem, ut et pater hunc honorem præstet filio: idemque de patrono et liberto dicendum est. At enim *quod quisque juris in alium statuit, ipse eodem jure utatur*, ait auctor superioris sententiæ. Inepta plane ratio ad id efficiendum, quod vult, si dominus vassallo honorem vicissim non debet: certe inepta ad id, de quo nunc agitur. Nam primum hæc verba, *Quod quisque juris statuit*, ad eos pertinent, non qui jure publico bene constituto utuntur, sed qui aliquid novi, et iniqui juris statuunt aut impetrant,

ut sic videantur ipsi sibi hoc jus statuisse, non ex jure publico sibi tributum accepisse. *L.* 1. *L.* 3. *in pr.* §. *si is. supr. quod quis jur.* At dominus, aut pater cum remissionem jurisjurandi de calumnia impetrant, nihil hic nisi publico jure, et optima ratione constitutum impetrant: ut si quid hic ex jure faciunt, id illis apud alios fraudi esse non debeat. Deinde ex superiore regula non cogitur quisquam eodem jure uti, nisi qui id jus ante sibi statuit, idest, aut id postulavit, aut alio postulante et impetrante, eo jure usus est *d. L.* 3. *in pr. quod quis, jur.* Jam autem dixi, eum filius jusjurandum patri deferens volet sibi remitti jusjurandum de calumnia, nunquam accidere, ut pater in eo judicio idem petat: ut is possit dici id jus sibi statuere, etiamsi maxime eo jure uti posset, si vellet. Quare ne sic quidem regula ad eum pertinet. Postremo ut usus maxime esset pater eo jure: tamen regula superiore nihil amplius ab eo exigitur, quam ut filio postulante eodem jure utatur. Non ergo cogitur alio jure uti, sed eodem. At cum filius postulat sibi a patre remitti jusjurandum de calumnia, ut et patri remittitur: postulat ut pater utatur non eodem jure, sed plane dissimili. Prius enim bonos habitus est patri a filio; nunc conversa plane ratione atque æquitate, postulat filius ut sibi bonos deferatur a patre: quod non magis priori simile est, quam si postulet filius se pro patre haberi. Ita potius ratio et regula superior adversus istos convertitur.

Dicendum est igitur, si quibus jusjurandum de calumnia remittitur, his remitti jure civili; parenti, patrono, patronæ, liberisve et parentibus patroni, patronæve: jure autem feudorum, domino adversus vassallum. Furtasse et vassallo adversus dominum, si vera est sententia, quæ refertur in *d.* §. *in quibus, Tit. de cons. rect. feu.* extra hos autem nulli. ✝ Nisi tamen hodie in totum omnibus remitti putamus constitutionibus novellis Justiniani, ut jam nulla sit caussa recusandi jurisjurandi ex eo, quod is qui defert, non vult prior de calumnia jurare. Quod quidem vulgo effici putatur *Novell. de his qui ingred. ad ap.* §. *ult.* ubi videtur caveri, ne jusjurandum de calumnia semel initio litis præstitum amplius ab eodem in eadem lite exigatur: idque (8) Accursius et Bartolus scripserunt ad *d. L. jusjurandum et ad.* §. *qui jusjurandum.* Sed recte expendantur verba constitutionis, non ex versione vulgari, quæ tota vitiosa est, et ambiguitate ac perplexitate sua merito nostros illos in errorem inducere potuit; sed ex authentico Græco, versione Haloandri, qui sententiam constitutionis non paulo melius expressit. Reperietur nullo modo ea lege jusjurandum de calumnia in specie proposita remitti. Nam primum hoc convenit, non vetare constitutionem jusjurandum de calumnia simpliciter exigi post litem contestatam; sed ita, si id jam ante in initio litis in totam futuram litem et litigatoribus præstitum sit, juxta formam *L.* 2. *C. de jur. prop. cal. dan.* Finge ergo statim initio litis unum ex litigatoribus jusjurandum de lite adversario deferre, prius quam ad instruendum futurum judicium quidquam actum esset, et invicem ad futuram litem juratum de calumnia. Nonne a deferente recte petetur ex edicto, ut prius juret de calumnia, nec quidquam superior conditio obstabit? et apparet nihil obstare. Sed etsi litigatores eum de litigando cogitarent, initio litis solemne jusjurandum de calumnia præstiterint: tamen observetur non vetare illam constitutionem simpliciter, ne iterum id jusjurandum exigatur in eodem judicio; sed solum ne exigatur (9) de eadem specie, de qua prius specialiter juratum fuerit. Nam cum illic ageretur de eo, qui probationem alicujus dicti aut scripti exigeret ab adversario, cavet quidem constitutio, ne is cogatur iterum jurare se non calumniæ caussa hanc probationem exigere; sed nominatim hac lege, si initio litis præter generale jusjurandum de calumnia, hoc ipsum etiam specialiter juraverit.

(8) Quos sequitur Damh. *Prax. Civ. C.* 179. *n.* 4. *et* 5. refellit *Nov. Leonis* 99.

(9) Consentit Cujac. *ad L.* 9. *C. h. t. et in Nov.* 49. *sub. fi.* Petita, ait, comparatione litterarum jurabitur iterum de calumnia. *Nov.* 73: petito item jurejurando *Nov. Leonis* 99. Add. Borch. *C.* 7. *n.* 31. Atque ita Vitebergæ judicatum ex attestatione soceri sui. Mich. Teub. refert Rauchb. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 5. Quod pluribus firmat *ib. n.* 6. *et seq.* (et ex eo transcriptis Setser. *Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 18. *et seqq.*) quia et olim si non necessarium, attamen solitum jusjurandum generale calumniæ initio litis præstare utrinque. Neque tamen restrictio addita, *d. L.* 34. §. 4. nisi prius de calumnia juraverit. Sed et diversa utriusque jurisjurandi capita esse, neque hoc speciale, genera includi ostendit *ibid. n.* 12. *et seq.* Ac ubi in specie exprimi debet, verba generalia non sufficiunt *L.* 25. §. 2. *C. de in off. test.* quia verborum specialium major vis *L.* 25. §. 5. *de acq. her.* Idem contrariis abunde occurrit *d. Q.* 11. *n.* 21. *et seqq.*

se nullius rei probationem ab adversario calumniose requisiturum. Proinde si id non juravit specialiter, non prohibet constitutio, quominus id nunc ab eo exigatur, qui probationem requiret: quantumvis prius juraverit de calumnia generaliter. Hoc si jusjurandum ea lege non remittitur probationem desideranti, ubi prius se in ea petitione nihil calumniæ caussa facturum non juravit, cum tamen nusquam aperte prioribus legibus hoc jusjurandum ei petitioni imponatur: multo minus ei remitti putandum est, qui jusjurandum de lite quandoque defert, ubi prius se in ea delatione nihil calumniose facturum non juravit: cum videamus id jusjurandum nominatim hoc edicto ab eo exigi. Ut nihil amplius: certe utrumque ejusdem rationis est, vel quod qui jusjurandum defert, quodammodo probationem sibi parere vult, vel quod novam quæstionem introducit, cujus nomine de calumnia specialiter prius non juravit.

Manet ergo etiamnunc et post constitutionem superiorem Justiniani eadem necessitas jurandi de calumnia, quæ prius, in ea specie
6 de qua agimus. † Qua necessitate manente,
statuitur ea caussa recusandi delati jusjurandi, quam diximus, ut si is qui jusjurandum defert, prius ipse de calumnia non juret, si exigatur, jure adversarius jusjurandum recuset. Illud ad pœnam recusantis jurare de calumnia diligenter hoc loco notandum est, non hanc solum esse pœnam, ut adversarius ei jurare cogatur: sed etiam singularem hanc accedere, ut quamvis adversarius ex hac caussa non juret: tamen perinde habeatur, quasi (10) jurasset, ut secundum eum sententia ferri debeat. Sic enim fieret, si is qui jusjurandum detulit, adversario jurare parato, jusjurandum remisisset. *L. 5. in fin. hic. L. 1. L. actori, C. eod.* At is cum recusat prius de calumnia jurare, remittenti similis habetur: quam ob caussam non dubitatur, quin ei denegari debeat actio. *L. si non fuerit, hic.* Nec abs re. Quid enim interest, utrum qui jusjurandum defert, aperte verbis permittat adversario non jurare, an vero facto aliquo suo declaret se hanc illi potestatem facere? Sic autem de hac pœna posteriore scribit Ulpianus in *d. L. si non fuerit.* Ut appareat eam pertinere etiam ad eum, qui (11) jusjurandum extra judicium detulit, si ipse adversario suscipiente jusjurandum, et postulante, ut prius juret de calumnia, nolit jurare. Primum quod Ulpianus eum qui jurejurando delato de calumnia non jurat, per omnia similem facit remittenti. Constat autem, etsi quis extra judicium detulerit jusjurandum, et adversario jurare parato remittat, non minus prodesse adversario hanc remissionem, quam si ipse jurasset *d. L. 1. et L. actori. C. eod.* Deinde quod idem ait eum, qui non vult de calumnia jurare, in ea caussa esse, ut debeat denegari ei actio. Non denegatur actio post jusjurandum delatum, nisi ei qui ante actionem institutam detulit. Sed de priore facto deferentis satis: ex quo prima recusandi jusjurandi caussa ducitur, cum qui defert, prius de calumnia non jurat, postulante ad-
versario. † Alterum ejusdem generis in de- 7
ferente factum erat, si is jusjurandum ante revocasset. De quo Justinianus ita constituit in *L. si quis jusjurandum, C. eod.* ut si quis jusjurandum detulerit, et nec dum eo præstito postea id revocaverit, non (12) liceat ei penitus iterum ad jusjurandum recurrere: absurdum enim esse redire ad hoc, cui renuntiandum putavit.

Hæc revocatio quando sit necessaria de-
ferenti, supra suo loco diximus. † In eo eni 8
jusjurandum defertur, factum unum est, quo jurandi necessitatem evitat ex edicto, si is jusjurandum (13) referat: datur enim ei

(10) Ex *Cap. caussa*, habetur jusjurandum pro præstito, *Nov. Elect. Sax.* 12. *P.* 1. *in fi.* Et ratio, quia conditio pro impleta habenda, cum per adversarium stat, ne impleatur. Moll. *ibid. n.* 4. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 43. Unde et si moram nectente in hoc præstando deferente, alter mortuus, idem statuit Borch. *h. T. C.* 7. *n.* 8. (et hujus verbis Sets. *Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 6. *et* 7.)

(11) De hoc valde ambigo et in negativam propensior sum cum Beust. *ad Rub. D. h. tit. n.* 75. Dispar enim ratio conventionalis, cujus nec præstandi nec referendi ulla necessitas.

(12) Ratio dubitandi. Mutatio consilii licita est dum fiat sine alterius injuria. Ratio decid. In revocatione non obscura injuria. Revocando enim professus est, se fidem adversarii, cui detulerat, suspectam habere, et religioni ejus stare nolle. Quare postea eum ludificari non debet. Don. *ad d. L.* 11. *n.* 2. add. Zobel. *P.* 1. *Differ. jur. civ. et Sax.* 21. *n.* 5. Borch. *h. t. C.* 6. *n.* 18.

(13) De relatione hac Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 189. Wes. *Cons.* 3. *n.* 50. Pruckman. *Vol. Cons.* 2. *n.* 472. Stiat. *Observ. pract. C.* 20. *n.* 60. *et seq.* Duar. *hoc tit. Cap.* 5. Forc. *Dial.* 54. *n.* 4. Ant. F. 19. *Err. Prag.* 8. Zob. *P.* 1. *Diff. jur. civ. et Sax.* 24. *et* 2. *seqq. P.* 1. ubi *Diff.* 26. etsi jure Saxon. nihil de ea cautum, ex juramento tamen communi ejus defectum suppleri.

hæc facultas, ut si malit, referat jusjurandum. *L. jusjurandum et ad.* §. *datur. L. manifestæ, hic. L. delata, C. eod.* Sed tribuitur ei hæc facultas caussa cognita: non ut ei detur probanti aliquam caussam esse, sed ut ei ob justam caussam denegetur. Tribus autem de caussis (14) is, cui jusjurandum defertur, id referre non potest; vel quia is refert, de cujus solius admisso agitur; vel quia is, qui prius detulerat; vel quia ita convenit, ut cui nunc defertur, is juraret. Cujus de admisso agitur, is jusjurandum de ea re delatum (15) referre non potest. Sumptum ex *L. Marcellus*, §. *ult. et LL. seqq. infr. de act. rer. amotar.* quibus in locis scriptum est, si mulier jusjorandum marito detulerit, in actione rerum amotarum, ut is juraret se res non amovisse, et velit jusjurandum referre, aut contra; a prætore non permitti, non magis, quam si quis ei, qui furti agat, jusjurandum referat de eo, an ipse fur sit; idque edicto ordinatum videri. An quod actio famosa est, de qua illis locis agitur? Minime, ut apparet ex actione rerum amotarum: quod judicium inter virum et uxorem introductum esse constat, quia non sit turpe, idest, famosum. Alioqui furti actio sufficeisset. *L.* 1. *et* 2. *infr. rer. amo.* Cur ergo in his non permittit prætor referri jusjurandum? quia agitur in his de furto et amotione ejus, cui jusjurandum delatum est, quod nemo scire possit melius, quam ipse: atque adeo quod alii non item scire possint: tum autem sit ejusmodi, in quo ad existimationem ejus pertineat ea se suspicione jurejurando liberare. Non ergo recte ita dicitur, in *C. ult. de ext.* de iur. *nec liceat convento famosa actione referre jusjurandum.* Nam neque in actione rerum amotarum id non licet, quia famosa sit actio: et potest esse actio famosa, (16) ut non prohibeatur quis jusjorandum referre. Quid enim, si agam tecum injuriarium, et deferam tibi, ut jures te mihi injuriam non fecisse? an non liceat tibi contra referre, ut jurem mihi à te injuriam esse factam, cum tam hoc scire possim, quam tu te non fecisse? Sed et is jusjurandum referre prohibetur, qui prius id detulerat, et relatum ab adversario iterum et referre conatur. Est enim æquissimum, inquit Paulus, non displicere conditionem jurisjurandi ei, qui detulit: usque adeo, ut quamvis, qui refert, non juret de calumnia, nihilominus eum cui relatum est placeat (17) jusjurandum relatum recusare non posse: hæc in *L. jusjurandum et*, §. *datur*, *hic*. Idem in *L. generaliter*, §. *sed juramento in princ. C. eod.* Postremo et si convenerit, ut quis juraret, referendi facultatem non habet. Recte enim Duarenus in

(14) Sed num his casibus delatum omnino præstari debet, an vero, æque uti relatum, recusari potest. Posterius placet A. Fabro 19. *Err. Prag.* 8. *sub fin.* 1.° quia nec audiendus sit, qui jusjurandum defert, quod referente adversario ipse suscipere non possit 2.° quia recusans jurare, non pro confesso, si referre paratus, per *L.* 38. *hoc tit.* Excipit tamen, nisi ex persona ejus, cui defertur, fiat, ne referri possit, ut in actione rerum amotarum. Et ita *Cothman. Cons.* 82. *n.* 77. neminem onerandum jurejurando cui referendi potestas negata. Contra DD. vulgo et Menoch. *Arb. Cap.* 189. *n.* 7. Fach. 1. *Contr.* 21, (et ejusdem verbi transcriptor Sethser. *Lib.* 4. *Cap.* 3. *n.* 41.) quos consule, add. Stiatic. *Obs. Pract. Cap.* 20. *n.* 59. *et seqq.*

(15) Convenit Menoch. *dict. Cap.* 189. *n.* 7. scribens, cum veritatem ignorat deferens, quam scit is, cui refertur, nec recusari posse, nec referri. Et Zobel. *P.* 1. *Diff. jur. civ. ac Sax.* 21. *n.* 4. *et* Moller. 2. *Semest.* 14. *in fin.* cum proprii facti est id, quod conscientiæ committitur, referri non posse. Quare et quando lucri perceptio jurijurando commissa, relationi locum esse negat, Modest. Pist. *P.* 3. *Q.* 130. *n.* 10. Quæ etsi ita sint: rationem tamen istam hic non convenire, contendit Borch. *C.* 7. *n.* 14. *et seq.* quem vide.

(16) Et quod in caussis famosis locus delationioni, probat *L.* 9. §. 2. *h. t.* Et relationi itaque etiam, quoties discrimen inter eam non apparet. Neque enim generaliter cautum, ne in famosis delatum referatur. Sicuti nec probandum erit, quod Cujac. *ad C. ult. extra h. tit.* veram rationem censet, quia actio quæ ex maleficio, nec pacto nec jurejurando tollatur, nisi quatenus L. nominatim permittit, ut in furti ac injuriarum actione. *L.* 17. §. 1. *de pact.* Ita enim nec in delictis privatis deferri jusjurandum liceret, contra quam *supr. Cap.* 9. *N.* 7. Tametsi his occurrere nitatur Borch. *C.* 6. *n.* 175. *et seq.* spectari volens, in quibus delictis nominatim hoc permissum sit, etc. In specie quoque *L. ult. C. de fideicomm.* referri non posse, vult Sich. *ibid. n.* 11. Contra Vaud. 2. *Q.* 17. *et* Borch. *d. C.* 7. *n.* 21. quia *d. L. ult.* Imp. non de relatione, sed recusatione loquitur.

(17) Hoc amplius in foro Saxonico relato jurejurando a reo, non solum hic jusjurandum calumniæ non præstat, sed immo actor cui relatum est, præter principale, etiam malitiæ juramentum præstare tenetur, Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 193. Zobel. *P.* 1. *Diff.* 24. *n.* 2. Quæ consuetudo notoria omnium judiciorum in Electoratu, teste Jac. Schult. *ad Modest. Pist. P.* 3. *Quæst.* 130. *n.* 9. Quam

14. Hac de caussa nemo omnino de (19) facto alieno jurare cogitur: non pater de facto filii; non (20) hæres de facto defuncti; non procurator aut defensor de re et facto domini; non tutor de re pupilli aut patris ejus. *L. Marcellus, §. jurare. infr. de act. rer. amo. L. jusjurandum et ad. §. procurator., hic. L. 4. infr. de in lit. jur* Scilicet, quia in re et facto alieno justa ignorantia est: *L. qui in alterius. infr. de reg. jur.* Ac propter ignorantiam turpis et periculosa affirmatio. Adigitur quidem ad jusjurandum tutor in caussa pupillorum, cum ab his petuntur fideicommissa, quæ relicta erant a pupillorum tutoribus, ut est in *L. cum etiam, C. eod.* sed ut juret fideicommissum testamento non esse. In quo de facto ipsius agitur, non defuncti: jurat enim se vidisse et legisse testamentum, de quo quæritur (quod et factum est: unde et scivit se tutorem datum) se autem (21) cognovisse nihil in eo tale esse legatum, quale petitur: quod ut in re ipsi comperta, atque adeo ut in facto ejus, liquido ab eo affirmatur. Hac ipsa de caussa placuit nec de re a se promissa cogi quemquam jurare, eam se dare non oportere, si dicat se putare eam interiisse, verum tamen nondum certum scire, utrum ita sit, necne: quia in re quæ abest, id juste ignoretur. Unde et illud recte placuit interim reo aut in totum remittendum jusjurandum aut spatium ei dandum, ut certioretur, et sic juret. *L. jusjurandum et ad. in pr. hic.* Eodem referri debet, quod placuit pupillo non deferri jusjurandum, idest, non deferri jure, seu non ita deferri, ut jurare (22) cogatur. *L. jusjurandum et ad, §. defensor, hic.* Non enim hoc placuit proper personam ipsam pupilli, quasi is jurare non possit: jurat enim recte pupillus: et si juravit deferente adversario, tam ratum est jusjurandum, quam si alius quivis jurasset. *L. qui jurasse, hic.* Sed ætatis ignorantia in caussa est, quæ tanta est in rebus omnibus, ut nec scire, nec discernere posse talis ætas putetur, non magis quam furiosus. *L. pupillus, infr. de acq. her:* Qua ratione et Paulus in *d. L. qui jurasse*, scribit pupillum non videri scientem fallere, eoque nec videri pejerare. Ideo si hanc ignorantiam pupillus caussatur ad recusandum jusjurandum, honesta excusatione utitur, et merito
audiendus est. † Ex conceptione jurisjurandi 10
idem præcipue metus est, eoque et recte recusatur jusjurandum, si cui id deferatur ea conceptione, idest, his verbis in quæ jurare viro bono et Christiano non licet: veluti si quis velit *sibi* (*) *jurari per sanctum Antonium, aut per aliquam creaturam*, aut e-

(19) Cujus probabilis ignorantia, *L. verius. 21. de probat. L. 6. de administr. tut. L. ult. in fin. Pro suo. L. super C. qui mil. non poss.* Caroc. *Q. principali* 12. declarans *n.* 4. ut hoc non obtineat in facto, quod quis scire ac perquirere tenetur, item *n.* 6. in eo quod publice fit vel dicitur, Add. Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 4. *et in Poster. C.* 3. Diss. Fr. Herculan. *de Probanda negativa, n.* 206. volens hic non quidem jurare, ast referre cogi eum cui defertur. Sed male.

(20) Etiam filius. Nam et hic factum partis defuncti ignorare censetur. Caroc. *Q.* 12. *principali n.* 3. Unde nec si defuncto antea delatum sit, ad jurandum admittitur. Vid. not. *supr. C.* 5. *N.* 1. Plane in facto alieno de credulitate, medio juramento, respondere tenetur Caroc. *d. n.* 3. Sneidv. *in §.* 11. *Inst. de act. n.* 89. Quod utique jure hic procedit, quando is qui defert, eo contentus est. Jurandum enim ex conditione delata, *ut supr. C.* 6. neque hic, opinor, justa recusandi caussa heredi, qui ita facile molestia litis defungi potest, neque ipsi perjurii periculum subeundum. Et mallem sane auctores citati. *Cap.* 5. *N.* 1. exactius distinguerent ac secernerent ista, cum quæritur de jurejurando hoc decisorio ab herede præstando. An, nimirum defuncto delatum sit, et num eo casu renuente adversario admittatur heres, item num volente eo cogatur. An vero lite heredi demum mota, ei primum deferatur. Atque hic omnino dicendum, heredem super facto decessoris conventum, volente ita actore, jurare teneri, de eo sibi nihil compertum esse. Ita *gl. Lib.* 3. *jur. Sax. Art.* 11. accipit Sneidv. *d. n.* 89. *et seq.* differre ostendens *Sewissen.* quod ad factum proprium, et *Wissenschafft und Wolbeuwst*, quod ad alienum referatur. de quo et Coler. *Decis.* 116. Paul. Matth. Wehn. *Obs. Pract. de V. S. V. Wissenschafft und Wolbeuwst.* Quid si judex sciat liquido compertum esse heredi? Moller. ad *Nov. Sax.* 24. *p.* 1. *n.* 7. Tunc juramentum veritatis deferri posse, quia præsumptio ignorantiæ locum habet in dubio, non ubi scire constat, Attamen ibid. *n.* 9. in foro Sax, præsertim si istud heres recuset, non nisi de credulitate jurare compelli, ex *d. Nov. Dl.* 24.

(21) Ita et Donel. *ad d. L.* 5. Add. Sich. *ib. n.* 3. *et* Gilk. *n.* 3. qui tutorem ratione conscientiæ propriæ ibi jurare, si inficians aliqua præsumptione onretur. Plane Duar. *h. t. C.* 4. putat. etsi Procurator jurare non cogatur, tutorem tamen cogi. Rationem differentiæ esse. Illic cogitur jurare Dominus, et ita satis deferenti consulitur. Hic pupillus non cogitur.

(22) Sponte tamen ab eo præstitum prodest, ut *supr. C.* 9. *N.* 8

(*) In eo utique labitur errore Donellus,

tiam per falsos deos, quo suscepto gravissime adversus honorem soli Deo debitum peccatur. Hinc illa dubitatio et controversia de qualitate juramenti inter partes, cujus fit mentio in *L. jusjurandum et ad.* §. *si de qualitate, hic.* ubi placet, eum de ea qualitate dubitabitur inter litigantes, conceptionem jurisjurandi, idest, qualitatem secundum quam juretur, esse arbitri judicantis: quo significatur, judicis esse existimare et statuere, quomodo jurare oporteat. Quid autem hic sequatur pius et Christianus judex, si quæritur, nihil melius præscribi potest, quam quod recte definitum esse jam ante diximus ex verbo Dei in *c. etsi Christus. extr. de jur.* ad hanc sententiam, ut ne juretur, nisi controversiæ finiendæ caussa, quod si jurandum est, per Deum juretur: illum testem, aut vindicem adhibendo, seu quid in te comprecandu non per ullam creaturam. Sumptum ex *Deut.* c. 6. *et ad Heb.* c. 6. † Forma et cærimonia 11
delati juri jurandi, quæ nihil habet impietatis aut superstitionis, reiici posse non videtur. Itaque etsi ex delatione exigitur, justam recusandi jurisjurandi caussam non præstat. Utputa, defert quis, ut juret adversarius tactis (23) sacris scripturis, non

quod absolute et nullo habito rerum discrimine per creaturas, immo et per Sanctos jurare illicitum et superstitiosum esse velit. Quod aliter omnino esse docet Catholica Doctrina, et Scripturarum auctoritas, et SS. Patrum testimonia. Illa enim tantummodo juramenta per creaturas improbantur in Sacris literis, quæ impio fiunt atque sacrilego idolatrarum more. Neutiquam vero, et nulli prohibemur per Sanctos jurare aut creaturas, cum in illis Dei veritatem præsentiamque veneramur: qua utique ratione tantummodo licitum esse per creaturas etiam jurare docet Catholica et Orthodoxa religio. Vid. adnotata *supr. Civil. Commentur. Lib.* 21. *Cap.* 13. indicata duplici **. et *h. t. supr. C.* 5. *notata snm* *. ibique laudatos.

(23) De propositis et tactis SS. scripturis textus crebri *L.* 20. *L.* 27. *C. de ep. aud. L. ult.* §. 5. *et seq. C. de Cur. fur. Nov.* 74. *C.* 5. *prin. Nov.* 112. *C.* 2. *pr. N.* 123. *C.* 7. *Nov.* 124. *C.* 1. *Nov.* 137. *C.* 2. *C. si quis presbyter. Ca.* 2. *Q.* 5. *C. hortamur pen. Cap.* 3. *Q.* 9. Tactio hæc in juramento Symboli loco, sicut in testamentis æs et libra, ut litigantes moneantur, se non tam judici, quam Deo id præstare, nec tam in humano quam cœlesti judicio versari, Obrech. *de Juram. cal. Cap.* 10. *n.* 17. Episcopi jurant propositis evangeliis. *d. N.* 123. *Cap. et N.* 137. *C.* 2. *d. Cap. ult. de juram. cal.* Mystica ratione. Quia, ut sunt mores, illis sufficit juxta se posita habere Evangelica, etsi nec legant nec attingant. ait Duar. *in priorib. Com. h. t. C.* 11. Sed Obrech. *C.* 10. *n.* 13. honoris ac reverentiæ caussa id eis tributum esse, ut non eo modo, quo alii jurent. Atque ita ex aurea bulla *Caroli IV. C.* 2. Electores Ecclesiastici manibus pectori admotis coram Evangelio. Seculares vero manibus illud tangentes sacramento de electione Cæsaris obstringuntur. Inferioris autem ordinis Clerici dextra Evangelii libro imposita, ex Panorm. Rulant. *de Com. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 10. *n.* 10. Plura de hoc sacrorum tactu et præsentia pete ex Covarr. *ad C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *P.* 1. §. 1 *n.* 1. *et* 2. *et n.* 12. Thessaur. *dec.* 47. et qui fuse. Jo Bapt. Asin. *de Exec.* §. 8. *C.* 21. *et seqq.* Veteres aras tangebant, ut not. *supr. Civil. Comment. lib.* 21. *C.* 12. *N.* 26. Milites super frameas jurabant, verbis solemnibus concepturi gladios cervicibus admovebant, Marcellin. *L.* 21. Rob. 1. *Rer. jud.* 11. In sacris dextra fœmori supposita juratum legimus. Sic Abraham ab Eleazaro *Gen.* 24. *v.* 2. Jacob. a Josepho filio. *Gen.* 47. *v.* 29. juncto *C.* 50. *v.* 5. juramentum exegit. De quo ritu Jac. Ebert. *Tr. Ethico de Juram. pag.* 24. Hodie usu plurium locorum Sacerdotes vel viso sacro codice vel manu ad pectus admota jurare notat Rulant. *d. C.* 10. *n.* 10. In secularibus vero vulgatissimus ritus, ut mares dextræ digitos duos, indicem et medium, reliquis contractis porrigant et elevent. fœminæ vero dextram pectori vel cordi aut mamillæ sinistræ applicent. Eosque una cum pollice denotare SS. Trinitatem, reliquos duos depressos corpus et animam hominis quidam volunt, ex Cyriac. Spangenb. *ad* 2. *Corinth.* Christoph. Obenius *Te. Von Eydsoluwerem inscripto Eydteuffel.* quod pejerans dicere videatur. Si sciens fallo, SS. Trias a communione omnium Sanctorum me excludat corpore et anima. Sed hoc displicet Jac. Eberto *d. Tr. Ethic. pag.* 84. quia, ait, ritus hujus auctores Trinitatem non agnoverunt, ac sermone forensi duorum tantum digitorum mentio, sicuti et perjuris duo digiti ex Const. *Caroli V.* præciduntur. Ipse putat a gentilibus hunc ritum acceptum. Indicem autem elevari vel sacris imponi, ut jurans monstret, quod quem sermonis sui testem vocat, eundem vindicem velit, si fallat. Medium, ut mentis atque affectuum ostendatur integritas, quod media incedens via verum asserat. Jungi autem utrumque ut significetur copulatio jurantis et consensus cum eo, per quem jurat. Hodie apud nos et solemnitatem tactus sacri Codicis exsolevisse, et adæquari conditionem Clericorum aliorum conditioni. ut eodem modo ac forma jurent, scribit Virg. Pingitz. *Q.* 33. *n.* 35. Græcis sanctissimum jusjurandum. quo de devovebant, si sacramentum violarent, prinsquam saxa, quæ in aquam jacebant, sponte levata supernatarent, ut ex *Herodoto Lib.* 1. Sophoc. *in Antigone* Turben. 14. *Advers.* 21. Scythæ per ventum et acinacem jurabant, quod

potest adversarius recusare, quia hoc modo juret. Nam et hic mos fuit jam olim receptus Imperatorum Christianorum constitutionibus: *L. generaliter. §. ult. C. eod. et nihil* (*) *habet superstitionis*, si adhibetur hac gratia, ut adversarius hac cæremonia admonitus meminerit judicii et iræ Dei, atque hoc metu tactus aut non juret omnino, aut falsum ne juret. Huc enim cæremonia refertur, ut indicat *L. rem non novam, circ. pr. C. de jud.* De eo quoque ritu si erit controversia, itidem judex æstimabit.

12 Finitima superiori † caussa est, si is cui jusjurandum defertur ex jurejurando in aliquod periculum existimationis incidat. Quod toties contingit, quoties quis agens reo jusjurandum defert de ea re, de qua alius quoque potest agere: sic enim periculum est, ne alius iste agendo reum perjurii insimulet, ac forte etiam, quamvis falso probet eum falsum jurasse: quod sine infamia jurantis accidere non potest. In hoc metu juste reus jusjurandum recusaverit. Cujus rei exemplum hoc est ex *L. alias. hic.* Procurator rem domini vindicat a possessore, et possessori defert, ut juret rem suam esse, vel non esse domini: cumque dubitaretur de domini mandato, offert procurator satisdationem dominum rem ratam habiturum. Placet possessorem jurare non cogendum: quia dominus ita agere iterum possit, ut vincat rem suam esse, possessor autem non possit rem salvam habere ne adversus procuratorem quidem, nisi prius se victum doceat adversus jusjurandum suum, idest, nisi prius doceat de ea sententia, qua pejerasse convincitur; atque ita, ut Ulpianus loquitur, nisi prius de perjurio suo doceat: quam turpitudinem illum subire iniquum est. Ne pejeret, inquies: sic nec perjurii infamiam metuet. Quod si pejerare instituit, non debet ei suum delictum prodesse ad jurisjurandi recusationem: cum potius expediat eum delicti sui metuere pœnam, ac delictum ejus detegi. *L. si unus, §. pacta, supr. de pact. L. eum qui nocentem, infr. de injur.* Sed potest vere jurare, ac nihilominus postea falso convinci, ac damnari injuria, ut non minus sententia gravet ejus pudorem et existimationem. Hoc periculum ex jurejurando juste metuit: et audiendus est, si velit consulere pudori suo. *L. Quintus, 1. res. infr. mand.* Et ideo puto (24) Bartolo constare rationem, qui ad *d. L. alias, hic*, et superiore exemplo, et proxima ratione motus putavit, quoties duo sunt ad quos eadem res in commune pertinet, puta duo domini ejusdem rei, duo heredes testamento scripti, duo patroni ejusdem liberti, et unus agit adversus possessorem, ac possessori defert jusjurandum: generaliter probandum esse, non esse possessorem cogendum jurare. Potest enim alter existere qui sic agat, ut possessor ei condemnetur, ac propterea videatur possessor prius pejerasse, dum aut instrumentum emptionis communis socius proferet, aut

ille vitæ, hic mortis auctor esset, Claud. Cottæ 1. *de Privil. milit.* 6. De variis apud varias gentes jurandi ritibus diversis consulæ Briss. *Lib.* 8. *de formulis.* Hott. *disp. feud. C.* 24. Pollet. 4. *Hist. fori* 14. Rob. 1. *Rer. judic.* 11. Pet. Greg. 50. *Synt.* 8. Cypræ. *de sponsal. C.* 14. §. 25. *et* 2. *seqq.* Asin. *de Execut.* §. 8. *Cap.* 5. *toto.* et qui studiose plures eo collegit et congessit Jacob. Eber. *Tr. Ethico de Juramenti tit de formulis pag.* 37. *et seqq.* Propter has vero famulas Hot. 1. *Amicab.* 30. *sub fi.* jusjurandum actum legitimum statuit contra Cujac. 15. *Obs.* 16.

(*) Palinodiam videri poterat hic canere Donellus eorum quæ scripsit *Civil. Commentar.* Lib. XXI. Cap. 13. adversus ritum jurandi *tactis Evangeliis*, si eo ordine quo in hac Editione collocatus est, superior ille locus descriptus a Donello fuisset. Sed revera prius tempore hæc scripsit, quæ cum Doctrina Catholica consentiunt, et sunt directe laudato illi loco contraria. Quare omnino inferri necesse est, aut Donellum fervore sui erroris abreptum semper in graviora prolapsum turpiter mentiri et sibi contradicere; aut illa quæ superius asterisco indicata et refutata fuere, forte manu Scipionis Gentilis fuisse interpolata. Quomodocunque sit, et illa opinionum inconstantia, et vera hæc talis jurisjurandi ritus explicatio in Catholicæ Doctrinæ ejusque inconcussæ veritatis laudem potius cedit, et firmamentum.

(24) Et Carocio *Q.* 6. *Quæstionis* 13. *principali n.* 18. tradenti juste recusari, cum una persona habens jus dependes vel connexum cum alia vult deferre. Quare et ubi alias periculum, ne perjurium detegatur, justa recusatio. Veluti si postquam actor ad intentionem suam testes produxit, reo alios ad reprobandum producenti deferatur juramentum. Vid. Caroc. *Q. Principal.* 2. Tessaur. *Decis.* 93. Contra. post Cravettam Fachinæ. 1. *Contr.* 22. volens imo hic jurandum esse. Neque enim perjurium detegi contrariis testium actoris dipositionibus, cum reus reponere possit, se per testes suos refellere eorum dicta potuisse, ni litem jurejurando dirimi placuisset. Sed prior opinio humanior, ut ut enim hoc prætendat, non eximet animis hominum suspicionem perjurii, quam ipsam modis omnibus vitare convenit.

proferet testamentum, in quo superiores heredes ambo sint instituti. Et ut ea sententia jusjurandum prius non infirmet: nec ei, qui detulit, quidquam prosit, ut certe non prodest: *C. rel int. al. &c. et jud. al. non no.* attamen aperte ad existimationem jurantis convellendam pertinet. Jure ergo propter hoc incommodum reus jusjurandum recusabit.

13 Tertia ✝ caussa hujus generis est, si jusjurandum in re familiari aliquid damni juranti adferat: quod ita fit, si quid ei adimat, quod habiturus esset, si non jurasset. Hine est, quod placuit, quibus ex caussis non cogitur quis alicubi, aut de re aliqua judicium accipere, ex his caussis nec eum jurare cogendum. Non cogebantur olim legati provinciales Romæ judicium accipere de eo, quod ante legationem in provincia contraxissent, *L. 2. §. legatis, supr. de jud.* Placebat nec (25) eos Romæ eo nomine jurare compellendos, *L. tutor, §. ult. hic. L. sed etsi restituatur, §. ex quibus. supr. de jud.* Hodie creditor post tempus exceptioni non numeratæ pecuniæ præstitum agens non cogitur de non numerata pecunia querelam et judicium pati. *L. in contractibus, in pr. C. de non num. pec.* Uti nec debitor de pecunia non soluta post statutum tempus, intra quod creditor exceptione non numeratæ sibi pecuniæ uti potuit. *d. L. in contractibus. §. super.* Placuit iisdem casibus nec his (26) jusjurandum offerri licere, ut oblatum suscipere cogantur, *ead. L. in contractibus, §. illo.* Unde ergo hæc recusatio in his caussis? non utique, ut Bartolus scripsit ad *L. manifestæ*, aut illic ex natura loci, ubi agitur, aut hic ex natura exceptionis propositæ; cum ubique, et de omni re jusjurandum deferri possit, si nihil aliud impediat. *L. 3. §. 1. et deinceps, hic*, sed omnino una est ratio, et ea quam Paulus reddit in *d. L. sed etsi restituatur, §. ex quibus*, de jud. *quia*, inquit, *jusjurandum in locum litis contestatæ succedit*. Hæc vero illa ipsa est recusandi jurisjurandi caussa, quam supra posuimus. Tantum enim valet ea ratio, ac si scriptum esset, quia qui jus habet judicii non suscipiendi et litis non contestandæ sine jurejurando, id jus amittit, si jurare cœperit: quoniam jusjurandum judicii et litis contestatæ vim habet. *L. qui jurasse, in fin. hic.* Qua ratione admonemur, non in his tantum caussis consistendum esse, sed quæcunque occurrent species ejusmodi, in quibus jusjurandum exactum jus jurantis minuat, omnes justam recusationem habere, et ad hanc caussam debere referri: ne quis hic forte alienas caussas nobis ingerat, aut eam quæ una est, imperitia docendi in innumeras partiatur. Itaque etsi ei, qui de damno agit ex lege Aquilia, jusjurandum deferetur, ut juret sibi damnum ad certam summam datum esse: recte dicemus jure eum jurare recusaturum: quoniam actor si judicio experiatur, consecuturus fuerit duplum adversus infitiantem: *L. inde Neratius. §. hæc actio, supr. de leg. Aq.* qui si juret, habiturus sit tantum simpli actionem. *L. eum qui, in pr. hic.* Huc et Bartolus recte probavit ad *L. manifestæ*; sed male hanc speciem sejunxit a prioribus quæ omnes una ratione damni ex jurejurando imminentis conjunguntur. ✝ Illud 14 plane (27) ineptum est, quod hujusmodi speciem ad hanc caussam retulit. Nam si cum emptore de proprietate rei venditæ agatur, et jusjurandum ei deferatur ab actore: ait emptorem ideo jurare non cogendum, quia jurando actionem de evictione non haberet quam habere potuisset, si judicio egisset. Tantum habest, ut hic quidquam amittat emptor propter jusjurandum, ut maxime acquirat quod prius non habuit: consequitur enim jurando, ne res sibi ab actore unquam auferatur, vel propter jurisjurandi exceptionem, quam extra judicium jurando acquirit, vel propter sententiam, qua in judicio jurando absolvitur. *L. in duobus. §. ult. L. jusjurandum et ad. §. ult. hic*, quorum neutrum emptor ante jusjurandum haberet. Non habet ille, postquam juravit actionem de evictione: sed ideo non habet, non quia amittat, sed quia nunquam prius habuerit, ac ne nunc quidem sit ei necessaria, cum res ei evicta non sit. Ne judicio quidem expertus actionem haberet de evictione, si judicio absolutus esset: quia res ei non evinceretur, sed penes eum maneret. Quare et eadem jurantis caussa est, postquam qui jurat, simili-

(25) Ergo nec Clerici coguntur jurare coram sæculari. Caroc. *Q. principali* 32. nec parens patronusve si famosa actione conveniatur. *L.* 16. *hoc tit.* Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 4. *et in Poster. C.* 3.

(26) Ita Duar. *in Poster. Com. hoc tit.* Quia exceptio ei opponi nequit, ideo non cogitur jurare de eo, quod exceptione continetur. Sicuti qui agere nequit, nec ad jurandum cogere. Convenit Caroc. *Q.* 32. *principali*.

(27) Quomodo et post Aretin. et Jason, *in* §. 11. *Inst. de actionib.* Caroc. *Quæst.* 32. *principali*. Quod recte noster refellit.

ter absolvitur. At enim haberet actionem de evictione, is qui judicio de proprietate victus esset. Non attendit Bartolus nihil hoc ad emptorem jurantem pertinere. Qui enim jurat, is post jusjurandum non vincitur, sed vincit, et rem possessam retinet: quam ob caussam actionem de evictione tanquam re ablata non desiderat. In summa emptor de proprietate rei jurando nihil amittit, sed acquirit. Proinde absurdum est dici, quia jus ejus minuatur jurando, ideo jusjurandum de proprietate rei venditæ illi delatum ab eo recusari posse. Quid ergo emptor de proprietate rei a se emptæ jurare cogendus est? si quidem de facto ejus agitur, cogendus est: sin de facto et jure venditoris, non est cogendus: non tamen quia jusjurandum illi obsit: sed quia de re ignota salva religione jurare non potest, ut ante dixi. Atque hæc ex eo, quod jusjurandum juranti noceat.

Non solum autem si jusjurandum ei cui defertur, nocebit, ex conditione rei delatæ recusari potest: sed etiam si tantum erit ei inutile, ut dicat se frustra juraturum: postquam ex edicto frustra jurare non debet. ✝

15 Ut licitum jusjurandum ab adversario delatum suscipienti et statim juranti inutile sit, accidit partim ex persona deferentis, partim ex antecedente idonea probatione. Ex persona deferentis: cum is qui defert, rei decidendæ et remittendæ jus non habuit: quo eodem deferente jusjurandum ratum non habetur, ut inde in dominum nec juranti reo exceptio acquiratur, nec actori juranti actio: quo in numero qui sint, supra exposuimus suo loco. Proinde si qui erunt ex hoc genere, nemo his deferentibus jurare cogitur, nec jusjurandum referre. Exemplo sunt inter dominos prodigus, inter extraneos procurator, qui de mandato nihil probat, de quibus inter superiores personas exempli caussa sub hoc titulo legimus. *Prodigus*, inquit Paulus, *si deferat jusjurandum, audiendus non est*. L. tutor. §. 1. *hic*: idest, deferenti non est concedendum, quod petit. Quid autem petit, cum jusjurandum defert? ut adversarius juret, aut referat jusjurandum, aut pro convicto habeatur, justa *L. manifestæ, hic*. Cum ergo ita definitur, non esse eum in hac re audiendum, nimirum hoc dicitur, frustra hoc eum petere, eoque adversarium jurare non rogendum. De actoris procuratore, cui de jurejurando deferendo mandatum nihil constat, idem traditur in *L. alias, hic*. Nisi quod circa hunc hæc dubitatio incidit, an non hic saltem ita sit audiendus, si paratus sit cavere dominum ratum habiturum, quasi hac cautione satis prospiciatur reo, ne illi jusjurandum quandoque fiat irritum. Et disseritur in *d. L. alias*, ne sic quidem procuratorem deferentem audiendum: quia etiam hac cautione interposita non effugiat reus, quin illi jusjurandum sit inutile adversus dominum pariter et procuratorem ipsum, qui cavet. Nam si dominus petat, et reus de intentione confessus opposita exceptione jurisjurandi se tueatur, nihil ei proderit exceptio, nisi doceat se liquido jurasse, idest, vere, ut recte (28) Duarenus interpretatur *Lib. 1. Disput. C. 2.* in quo inest, ut doceat se liberatum esse. Atqui hoc modo jusjurandum illi nihil prodest. Nam et sine jurejurando dominum removeret, si doceret se nihil debere. Quod si a domino victus agat ex stipulatu adversus procuratorem: licet quidem, sed ita, ut hic jusjurandum sit ei non tam inutile, quam damnosum. Nam ut agat utiliter, prius oportet eum probare se domino agente damnatum esse adversus jusjurandum. Quod nihil aliud est, quam probare se ideo esse condemnatum, quia prius falso jurasset se non debere. Ita in summa ut utiliter *agat de rato, prius necesse habebit de perjurio suo docere*, inquit Ulpianus. Hoc vero cum ejus existimationem aperte lædat, non tam hic, ut dixi videri debet inutile, quam damnosum jusjurandum. Ex quo recte colligit procuratore isto jusjurandum deferente non esse cogendum reum jurare, ne si procurator quidem cautionem de rato offerat. Summa autem recusationis huc redit, quia jusjurandum reo nihil prosit. Ut vero sciamus, quod de his dictum est, exempli caussa dictum esse: idem

(28) Et *in Poster. Comm. h. t. Cap. 4. fol. 864. col. 1.* Opponitur itaque *liquido* pejerationi. Quod pluribus locis aliorum auctorum confirmat Duar. nec aliud sententiæ *dict. L.* 18. convenit, agnoscente Covar. *in Cap. quamvis, 2. de pact. in 6. P. 1. §. 5. n. 4. et* 5. Borch. *de Jurejur. C. 1. n.* 21. Plane Cujac. 5. *Obs.* 33. exponit *liquido*, idest, σαφῶς perspicue, aperte, quomodo et cum Accurs. Rob. 3. *Sent.* Verum haud opposite ad mentem Icti. Tametsi utramque interpretationem recte coniungi sentiat Vult. *Discept. C.* 7. ubi fuse *d. L.* 18. exponit *pag. 74. et seqq.* Quid si a minore delatum, ubi restitutio in in integrum, ut *supr. C. 4. N.* 11. an juste recusatur jusjurandum ob ejusdem periculum ne detegatur perjurium. Ita videtur, tametsi contra velit Caroc. *Q. 7. Quæstionis* 13. *principalis n.* 9. quia inspici debeat, quod communi, non quod speciali jure evenire potest, *L. 4. §. 1. de fideicom. lib.*

et in cæteris similibus dicendum esse traditur in *d. L. tutor*, §. 1. *hic* Sed eum in his accidat ex persona deferentis, he jusjurandum reo prosit, quia rei administrandæ jus nun habeat, ut sub persona pupilli scribitur in *L. jusjurandum quod*, 17. §. 1. *hic*. Cum etiam dicat Paulus in *d. L. tutor*, §. 1. ideo hos jusjurandum deferentes non esse audiendos, quia ad id habiles non sint, quæ omnia ex eorum persona sumuntur: cur non dicimus recusationem jurisjurandi, quæ ex hac caussa tribuitur, nasci ex persona deferentis, ac non ex jurisjurandi conditione, ut proposuimus? quia nihil prodesset ad recusationem, quod qui deferunt, tales sint, si nihilominus juranti servaretur jusjurandum; sic enim nihil ejus interesset, et satisfieret edicto, quod vult jusjurandum juranti servari. Ideo a persona deferentis progredimur ad utilitatem juraturi, et quærimus quale in eo jusjurandum futurum esset, si juraret; reperimusque ei futurum inutile. Hæc vero propria caussa est, quæ illi recusationem tribuit. Non esset juranti jusjurandum inutile, nisi deferentis persona talis esset, qualem diximus; non ideo tamen persona hanc recusationem præstat, sed jurisjurandi inutilitas, in quo conditio jurisjurandi spectatur, non persona cujusquam. Persona deferentis hujus inutilitatis prima caussa est, eoque et recusationis caussa remota; ipsa inutilitas hujus recusationis caussa proxima et conjuncta. Ideo hanc spectamus, et recusationem illi attribuimos. Sic mutui, depositi, commodati prima caussa est voluntas contrahentium et consensus, qui facit, ut rem intervenire velint, quæ tradatur. Proxima caussa, quod res traditur: atque hinc re contrahi dicuntur, non consensu, etsi non est res sine consensu.

Constituitur præterea jusjurandum inutile ✝ ex antecedente probatione, si ei, qui 16
idoneis instrumentis aut testibus rem probavit, nunc demum post impletam ab eo probationem jusjurandum deferatur. Quid enim prodest ei jusjurandum ad vincendum, qui et sine jurejurando vincere potuerit? Quinimo honestius est, et ad existimationem aptius, rem decidi ex his, quæ jam probata sunt, quam ex jurejurando, ut etiam in hoc jurejurando videri possit aliquid commodum aliquod existimationis. Qui enim ex probatione vincit, præter victoriam hoc etiam consequitur, ut existimetur vir bonus, qui nihil petierit calumniose, cujus rei fides in idonea probatione constiterit: cum si re probata juraverit, non idem obtineat. Ut enim vere juraverit: existimari tamen potest falso eum jurasse, et judicem fidem jurisjurandi potius, quam aliam probationem secutum secundum eum judicasse. Non injuria igitur, sed ratione æquitatis plena, et edicti sententiæ, atque his quæ diximus congruenti cautum est in (29) *C. 2. ex de prob.*

(29) Ubi et consuetudo contraria reprobatur, Unde et Statutum tale non valere arguunt Caroc. *Q. principali* 32. Sich. *ad L.* 3. *Cod. hoc tit. n.* 3. *et n.* 11. post alios Myns. *ad dict. cap.* 2. *n.* 3. Ubi enim plena probatio, suppletioni locus non est. Idem si præsumptione juris et de jure nitatur, Caroc. *d. Q.* 32. *in fin.* Vid. Menoch, *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 62. Quid vero si cum defertur, nondum implevit, dicit autem se impleturum, num audiendus, et nunquid suscepto onere probandi jusjurandum declinare, et ut vulgo conscientiam suam exonerare licet? Negat Lanc. Conrad. *de Offic. Præt. in causs. civil. V. Juramentum n.* 8. Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 6. *et in Poster. C.* 3. (cujus verba transcripsit Setser, *Lib.* 4. *de Juram. C.* 3. *n.* 22. ac *seq.*) Ut enim speciosa sit recusationis prætensio, caussa tamen deferentis potior, conjuncta cum publica utilitate, ut lites celerrime finiantur. Et quia hic casus edicto non exceptus, nec de illo jure quid definitum, ex eo quod æquius judicandum. Deferentis autem hæc ratio, ut quam citissime defungatur molestia ac vexatione litis. Contra Bart. *in L.* 14. §. 3. *Cod. de non num. pec.* Sucids. *in* §. 11. *Inst. de actionib. n.* 92. Fr. Herculan. *de Probanda negativa. n.* 204. *t.* Fab. 19. *Err. Prag.* 8. 1.° Quia modestia et religione magis quam conscientia ductus, recusare credendus, Arg. *L.* 8. *de cond. inst.* *L.* 25. §. 1. *de const. per.* 2.° Quia cum relatio ipsa jurisjurandi delatio sit: æquum est, ut sicuti invitus non defert, sed suam intentionem aliter ei probare licet, ita nec referre quis cogatur, sive ante delationem probationes fecerit: sive post eam facturus. 3.° Per text. 1. *Feud.* 4. *pr.* Et ita Senatum Sabaudiæ pronunciare testatur. *ibid. et C. suo h. t. Defin.* 3. (ubi tamen, sui immemor, id rationi juris repugnare contendit, ob præcisa edicti verba; *jurare aut solvere cogam*) Quod et menti *d. Cap.* 2. conconveniens puto per verba: *cum aliæ probationes deesse noscuntur*. Itaque servatur in foro Sax. Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 61: Quod etiam cautum *Nov. Elect. Sax.* 12. *et* 14. *pr.* ut reus delato jurejurando ad id vitandum probationibus uti, et hoc amplius iis defectus ad juramentum recurrere possit, ubi terminus jurandi interea non præterlabitur, sed suspensus manet. Jac. Schult. *Obs. forensi* 52. *n.* 12. *et seq.* Actori autem si idem referatur id omnino præstandum, nec auditur aliis probationibus u-

cum quis intentionem suam probavit instrumentis aut testibus, si jusjurandum ei deferatur, licere ei recusare, ut nihilominus fides probationi ejus habeatur. Scilicet quia est ei jusjurandum non tantum inutile, sed etiam cum aliquo incommodo existimationis conjunctum. Itaque recte etiam illic dictum est ad jusjurandum tunc esse recurrendum, cum aliæ probationes legitimæ juranti desunt. Cujus rei ratio ex fine quoque jurisjurandi recte sumitur. Adhibetur enim jusjurandum litis decidendæ caussa, non jam decisæ *L.* 1. *hic.* Probatione autem impleta dubitatio tollitur, ac lis pro decisa habetur. *L. negantes, C. de obl. et act.* Quare vel hoc etiam nomine jusjurandum ab eo qui probavit recusari potest, quod tunc jurans finem jurijurando propositum non consequitur, idest, hac quoque ratione jusjurandum est ei inutile: ut merito ad hunc locum debeat recusatio referri.

Et sunt hæ quidem recusandi jurisjuran-
17 di † caussæ justæ omnes, si quidem audimus alios locos, in quibus de his caussis scriptum est. Sed verendum est, ne edictum, et *L. manifestæ hic*, aperte refragentur: qua ex re incidit hic numerus in difficultatem, vel potius istorum locorum inter se dissensio. Nam de edicto testatur Ulpianus in *L. jusjurandum et ad pecuniam, §. ult. et seq. hic*, id ita scriptum esse, ut cum a quo jusjurandum petetur, edicat prætor se solvere, aut jurare, aut jusjurandum referre coacturum; quod ipse planius sic interpretatur, ut ei a quo jusjurandum petetur, priusquam solvat, detur facultas, ut aut juret, aut referat jusjurandum. Si neutrum faciat, solvere cogendus sit a prætore. Qui priora duo tantum excipit, aperte hoc dicit, eum qui neque jurat, neque refert jusjurandum, cogi solvere sine alia exceptione. Eadem sententia comprehensa est in *L. delata, C. eod.* Sed in primis confirmatur id definitione Pauli quæ est in *L.* manifestæ, hic. *Manifestæ*, inquit, *turpitudinis est et confessionis nolle nec jurare nec jusjurandum referre.* Id habet hanc significationem, eum qui neque jurare vult, neque referre jusjurandum, haberi pro judicato, eoque et solvere cogendum, ut in jure confessis accidit *L.* 1. *infr. de confes. L. unica, C. eod.* Quod si ita est, tolluntur caussæ aliæ omnes jurisjurandi recusandi: præsertim posteriores quatuor, quas ex conditione seu inutilitate jurisjurandi nasci diximus. Nam aliis caussis admissis, licet ex his jusjurandum recusare impune, ut quamvis quis qui eas habeat, neque juret, neque jusjurandum referat, solvere tamen non cogatur. Sed de superioribus caussis dubitari non potest, quin veterum sententiis pro justis probatæ et summa ratione admissæ sint, ut sunt ea, quæ de his supra ostendimus. Quod cum certum sit non fecisse illos, ut edictum impugnarent, quod interpretabantur, et cujus mutandi potestatem nullam habuerunt, utpote ipsi interpretes juris, non legislatores: licet hinc alterum intelligere, aut fuisse aliquid in verbis edicti, quo de his caussis significaretur; aut sit verbis præcise edicit prætor, se reum solvere, aut jurare coacturum, nisi referat (quod est verius, et ita esse locus Ulpiani, et Pauli definitio superior abunde confirmant) fuisse edictum acceptum a veteribus cum hac exceptione, nisi si recusanti justa aliqua et idonea caussa esset jurisjurandi omnino recusandi. Quomodo etiam accipiendum esse edictum, et illam definitionem Pauli omnes non inepti interpretes consentiunt ad *d. L. manifestæ.* Est ergo hæc sententia edicti; cum, a quo jusjurandum petetur, solvere, aut jurare, aut jusjurandum referre cogam: extra quam si erit justa aliqua caussa, cur neque jurare, neque jusjurandum referre cogi debeat. Eodemque modo definitio superior temperanda est, ut intelligamus manifestæ turpitudinis et confessionis esse, nolle nec jurare, nec referre jusjurandum; nisi scilicet ab eo, cui defertur, nihil aliud afferatur, quam quod dicat se jurare aut referre nolle; cæterum ex caussa honestam esse et justam recusationem. Et hanc exceptionem proclivius multo est in hac definitione admittere. Neque enim dici potest turpiter recusare, qui justam caussam allegat; aut confiteri is, qui exceptione et defensione aliqua utitur. *L. non utique, infr. de except.* Sed in edicto quomodo exceptionem hanc recipimus, cum verba præcisam solvendi necessitatem contineant, nisi quis juret, aut referat jusjurandum? Fit hoc partim ex perpetua et communi regula æquitatis, qua in legibus et edictis utimur, qua eadem legis verba quamvis generalia temperantur, partim propria quadam ratione et sententia hujus edicti. In omni edicto, in quo prætor edicit se aliquem solvere, aut quid facere coacturum, inesse putatur hæc ipsa exceptio: nisi justa

surus, etsi quoad posterius hoc olim contra visum, ref. Moll. *in d. N.* 14. *n.* 17. Et ratio, quia in ejus potestate fuit non deferre, et semel elegit viam juramenti. Quæ ratio non est in eo cui defertur. Vid. Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 76. *ac seq.*

aliqua caussa reum defendat, ne cogatur: idque etiam tunc, cum maxime præcisa sunt edicti verba. Ut, in edicto de re judicata ita cavet prætor districte: ut condemnatus pecuniam solvat. *L.* 4. §. 1. *infr. de re jud.* Hoc tamen ibidem sic acceptum est: nisi magna et idonea caussa admittat pro solutione expromissorem. In edicto de arbitris edicit prætor se eum, qui arbitrium receperit, sententiam dicere coacturum, idque districte, ut est in *L. licet, supr. de recep. et qui ar. rec.* At hoc ibidem sic accipitur: nisi arbiter justam aliquam caussam alleget, cur cogi non debeat: scilicet quia ita fieri, et rationem ejus haberi æquum est. Et cur in edictis et legibus quos præcipue æquas esse convenit, imo quæ æquitatis regulam continent, non exaudiatur hæc exceptio: cum in conventionibus etiam placeat eam adhiberi adversus districta verba conventionis? Ut puta, convenit inter locatorem et colonum, ne locator ejiceret colonum ex fundo, et si ejiceret, præstaret pœnam. Conventio hæc quamvis simplex sic excepta est: nisi locatori justa aliqua caussa esset colonum ejiciendi. *L. quæro ; §. inter. infr. loc.* Unde ergo hæc exceptio et in edictis ac legibus, et in hominum conventionibus? Ex regula, ut dixi, æquitatis communi, quæ in omnibus adhibenda est, et secundum quam omnes locutos esse verisimile est, etsi verbis minus exprimant. Idque est, quod regula juris ita traditur: in omnibus quidem, maxime tamen in jure, idest, in juris interpretatione æquitas spectanda est. *L. in omnibus quidem. infr. de reg. jur.* Non dubium igitur, quin et in hoc edicto ex eadem regula hæc eadem exceptio, atque una nominatim superiores caussæ quatuor proximæ admitti debuerint. Sed propria quædam ratio in hoc edicto id fieri suadet. Nam et iis de rebus, et eo ordine partium conceptum est, ut non difficile sit intelligere hanc ipsam fuisse sententiam prætoris. Primum cavet se eum cui jusjurandum delatum est, coacturum non dare, sed facere aliquid, nempe jurare. Ipsum jurandi et faciendi verbum nos admonet hoc sentire prætorem, ut non aliter velit quemquam cogere jurare, nisi et is possit jurare: neque enim a muto exigeret, ut loqueretur; aut a furioso, ut intelligeret. Denique scimus impossibilium nullam esse obligationem. *L. impossibilium, infr. de reg. jur.* At non existimatur quis jurare posse, qui honeste et salva pietate non potest. *L. filius. infr. de cond. inst.* Ita qui in ea caussa sunt, satis hac ipsa re ex sententia edicti excipiuntur. Jam vero de vi jurisjurandi ita cavet prætor, ut aperte id velit juranti prodesse: cum ex eo et actori actionem et reo exceptionem pollicetur. Repugnat huic consilio prætoris cogi quemquam jurare, cui jusjurandum ei nihil prosit, multoque magis, si noceat. Atque horum alterutrum in suprascriptis caussis posterioribus quatuor cernitur. Unde et ex sententia ipsa edicti eas omnes caussas esse apparet. Sed ex ordine et collocatione partium edicti hæc sententia evidentius perspicitur. Prius enim de vi jusjurandi edixit, posterius de necessitate jurandi. Quorsum ita? ut intelligeremus, quod jam ante aliquoties monui, eum non nisi vi et utilitate jurisjurandi jurato bene constituta, ad necessitatem ejus suscipiendi pervenire. † At- 18
que hoc esse non improbabiliter dici potest, quod Ulpianus scribit in *L. Marcellus, §. jurare. infr. de act. rer. am.* neminem de alieno facto jurare cogendum, et subjicit in *L. ideo*, ibid. *ita edictum ordinatum videri.* Edictum dicit non illud de rebus amotis, quia ad eam speciem nihil pertinet proprie de jurejurando cavere: sed edictum hoc, quod est a prætore de jurejurando propositum. Ut autem de facto alieno nemo cogatur jurare, ad hoc non constitutum edictum dicit, sed *ordinatum*; nec ordinatum esse, sed *videri*, ut intelligamus nihil hic de eo verbis edicti aperte comprehensum esse, sed tantum sententia edicti videri constitutum: videri autem ideo, quia ita sit ordinatum, idest, eo ordine scriptum edictum, ut ordo ipse sine verbis facile id ostendat. Sic enim, ut dixi, scriptum est: ut prius velit prætor jusjurandum prodesse juranti, proposita ei in hanc rem exceptione, et actione: sic deinde hoc constituto necessitatem jurandi illi imponat. Dicet quis, in re et sententia edicti dubia hæc omnia defendi posse: nunc vero sententiam prætoris manifestam esse hanc, ut alias recusandi jurisjurandi caussas omnes velit esse exclusas. Edicit enim se eum a quo jusjurandum petetur, jurare coacturum, et hoc solum excipit, nisi referat jusjurandum. Qui ex definitione rem unam tantum excipit, non potest non videri in aliis rebus non exceptis definitionem confirmasse. *L. quæsitum. §. idem respondit domo instructa, infr. de inst. vel inst. leg.* Sed et his verbis recusandi facultatem dat jusjurandum referenti, nec aliam caussam exprimit. Qui quid concedit alicui certis in caussis nominatim expressis, hoc ipso cæteris in caussis denegare intelligitur. *L. maritus. C. de proc.* Et recte hoc diceretur omnino, si potestas referendi jurisjurandi proponeretur edicto exceptionis loco. Nunc autem edicto proponitur,

non ut caussa aliqua recusandi hic exeipiatur; sed potius ut hæc ipsa potestas constituatur. et tribuatur ei a quo jusjurandum petitur, qui eam jure suo non haberet, nisi esset hoc edicto constituta. Ex quo non illud efficitur, ut is cui jusjurandum defertur, alias caussas recusandi jurisjurandi non habeat; sed ut non habeat ex hoc edicto. Et ita est: cæteras habet aliunde jure suo, quia æquum est, eæque hoc edicto non impediuntur, sed sententia ejus adjuvantur et confirmantur: hoc autem ut possit jusjurandum referre, habet ex beneficio hujus edicti, alioqui non habiturus.

Manebit igitur, (30) non solum justas esse aliquas caussas recusandi jurisjurandi, sed etiam tot esse, quot supra diximus, non modo non repugnante, sed etiam maxime adstipulante et postulante edicto. Neque vero
19 plures generibus ipsis occurrunt. † Nam quod
Bartolus ad *L. manifestæ. hic*, non procul ab initio ait, ex persona deferentis justam esse recusationem, si is qui jusjurandum detulit, sit turpis et pejerare solitus, verum non est. Etsi enim is. (31) cui defertur. non potest tuto jusjurandum illi referre, cujus ob perjuria fides et religio suspecta est: tamen potest alterum facere sine periculo, jurare videlicet. Quod si cum rem non ignorabit, et poterit jurare honeste, ac sine incommodo, jurare nolit, de se queri debet. Datur quidem reo hæc facultas, ut si malit, referat jusjurandum. *L. jusjurandum et ad, §. datur, hic.* Sed si nolit, aut non putet sibi expedire id referre: ex duabus rebus, quarum electionem edictum illi dat, reliquitur altera, quam præstare debeat, nimirum ut juret. Ex persona autem ejus, cui jusjurandum defertur, fuit aliquando apud Romanos justa caussa hujus recusandi sacerdotibus eorum et vestalibus, si verum est, quod Gellius refert *Lib. 10. C. 15.* fuisse hanc clausulam hujus edicti inter cæteras: *Sacerdotem, Vestalem, et Flaminem Dialem in omni jurisdictione mea jurare non cogam.* Sed impiis sacris, eorumque sacerdotibus sublatis, etiam hæc pars exulevit. Ideo non exstat in libris nostris, extra quos nihil pro
jure haberi Justinianus voluit. † Neque ve- 20
ro (32) quod pagani sacerdotibus suis in hac re tribuerunt, id ad episcopos et ministros verbi Dei recte transferas: non quod ii qui recte præsunt, non omni honore digni sint: sed quia nihil fit adversus bnne honorem, si hi subjiciantur bonis et honestis legibus: quorum præcipue officium est his parere et in eo prælucere exemplo cæteris, ut verbo Dei præcipitur. 12. *ad Rom.* Nec recte caussabuntur se religione teneri, ne jurent: neque enim verbo Dei jurare quisquam probibetur, ubi est opus. Quid, si etiam jubentur jurare, cum eis defertur? Nam verbo Dei cum omnes in universum, tum maxime qui Ecclesiæ præsunt, jubentur paci studere, quantum licet, eamque quærere et prosequi, ad *Rom.* 12. *ad Heb* 12. 1. *Pet.* 3. Proinde et studere litibus et controversiis, si quæ inciderint, finiendis. Eodem autem verbo Dei omnium litium finis inter homines statuitur et probatur jusjurandum. *ad Heb.* 6. Tot ergo, ut dixi, justæ sunt jurisjurandi recusandi caussæ, quot sunt expositæ, neque plures. quæ quidem occurrant. Sed ut ex his jusjurandum recusari posse dicimus: ita hoc ipso confirmatur extra has caussas id recusari non posse. Quod

(30) Duar. tamen in *Com. h. t. C.* 14. difficile esse hoc definire, cum hoc omne in æquitate positum sit. Plane et ubi ex forma statuti res gesta per instrumentum probari debet, juramentum licite recusari volunt. Caroc. Q. 32. *principali.* Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 62. Contra judicatum testatur Tessaur. *Decis.* 256.

(31) Consentit Duar. *in Prior. Com. hoc tit. Cap.* 2. *et Poster. C.* 3. Quia etsi quidam timidi ac superstitiosi malint injuriam pati, quam jurare, publica tamen utilitas suadet, ne hominum superstitionis. quæ et rata est, ratio habeatur. Non obstat *L.* 8. *de cond. inst.* Ibi enim merito ratio habetur superstitionis, quia jurare nullius interest, modo voluntati testatoris pareatur. Dissentit Borch. *C. ult. n.* 19. (cujus verba usurpat transcriptor Setser. *Lib.* 4. *C.* 8. *n* 12.) Beust. *ad Rubr. D. h. t. n* 99. Et judicatum refert Ant. Fab. *C. suo h. tit. Defin.* 17. quod infamis deferre non possit, cum ei tanto non referatur. Confer. Idem 19. *Err. Prag.* 8. possit. cum ei tuto non *sub fin.* et Fenestella *Lib. de Sacerdotib. C.* 6. Idem a Caligula constitutum refert. Dio. *Lib.* 59. Seneca tamen 6. *Contr.* 8. Sacerdos (vestalis) raro juret. nec unquam nisi per suam Vestam Plutarch. *Probl. Rom. Cap.* 34. jusjurandum tormentum liberorum vocat, et ideo Flamini Diali non licere jurare.

(32) Diss. Cujac. *in Novell.* 49. *in fin.* Obrech. *de Juram. calum. C.* 5. *n.* 14. *per L.* 25. §. 1. *in fin. Cod. de Episc. et Cler. Cap.* 1. *extr. de jurament. calum* vid. *Not. supr. Cap.* 3 *N.* 12. Sed recte noster. Passim enim jurisjurandi Episcoporum et Clericorum mentio. Quibus tributum, tum ut propositis SS. Evang. jurent, ut *supr. N.* 1. tum ut domi jurent, ut *C. seq. N.* 12. Vid. Virgil. Pingitz. *Quæst.* 35. *n.* 30. *et seqq.*

enim dicitur recusari posse jusjurandum certis de caussis, tantundem valet, ac si diceretur prohiberi nos his de caussis cuiquam invito jusjurandum deferre. Quod si his verbis prohibitum esset, statim colligeremus extra has deferendi jus esse: collectio juris auctoribus usitata, ut in *L. ex eo, infr. de testib. L. qui testamento, §. mulier, infr. qui test. fac. poss.* Et certe valde stultum esset dicere jusjurandum recusari ex his aut illis caussis, si simpliciter, et sine ulla caussa potuit. Sed et illud constat rebus aliquibus certis ex definitione exceptis, hoc ipso in reliquis regulam confirmari, ut paulo ante dixi. *L. quæsitum, §. idem respondit domo instructa, infr. de inst. leg.* Ita superiorum caussarum enumeratione vel maxime extra has caussas statuitur ea necessitas jurandi, quam supra posuimus.

21 Sed quod † hanc minui superioribus diximus: de eo jurejurando dictum est, quod in lite a parte parti defertur auctoritate judicis, ut erat propositum. Longe major necessitas suscipiendi ejus jurisjurandi, quo in dubiis caussis per judicem res deciditur. Etsi enim hoc convenit cum superiore, quod et posterius hoc ex caussa recusari potest, ut scriptum est in *C. ult. extr. de jur.* tamen hoc longe dissidet, quod illic tot sunt recusandi caussæ, quam multas esse superius diximus; hic autem aut una est ex his tantum, aut certe una, et item altera propter quas videatur id quod a judice defertur, recusari posse. et eæ quidem, quæ raro incident: certe quæ ex arbitrio ejus, cui defertur, omnino non pendeant. Quæ res facit, ut prope sine exceptione videatur necesse esse id suscipi: unde præcipue et necessarii nomen obtinet: de qua appellatione postea. Sit igitur in conditione hujus jurisjurandi, ut possit et hac ex caussa recusari. Sed sciamus ejus recusandi caussas esse posse has, si aut deferatur alicui de re (33) ei ignota, aut judex profanus deferat jusjurandum illicitum: ut sic non liceat ei, cui defertur, integra conscientia et salva pietate jurare. Semper enim illud tenendum est, in jurejurando neminem cogendum ita jurare, ut lædat pietatem, aut conscientiam. *L. 4. infr. de in lit. jur.* Cæteræ autem caussæ quæ suprascriptæ sunt, in hoc jusjurandum non cadunt. Nam primum quod ad illas duas attinet, quæ nascuntur ex ejus, cui jusjurandum defertur, voluntate; hæ penitus ab hoc jurejurando remotæ sunt: postulationem dico (34) jurisjurandi de calumnia, et delati jurisjurandi relationem. Quid enim is, cui jusjurandum defertur a judice, postulabit ab eo ut prius ipse juret de calumnia, ut nisi juraverit, sit potestas jurisjurandi delati recusandi? At hoc jusjurandum non exigitur nisi ab eo, qui aliquid petit in judicio ab adversario. Judex autem in judicio nihil petit, sed apud eum petitur: ac ne illud quidem petit a reo, ut juret, sed pro potestate jubet jurari. Tum autem quæ in deferente judice calumnia aut injuria esse potest, qui deferendo, jure licito et publico utitur. *L. 3. infr. quod met. cau.* Multo minus jusjurandum a judice delatum potest referri. Nam cui tandem id referatur? Judicine? at in lite jurat is tantum, cujus de re agitur, et jurat solum unusquisque de facto suo, non de alieno. *L. Marcellus, §. jurare, infr. rer. amot.* Hic autem neque de re judicis, neque de ejus facto omnino agitur. An adversario? (35) et ei qui non detulit, referri jusjurandum non potest: cum

(33) Veluti heredi *per Not. supr. h. Cap. N.* 20. *et Cap.* 11. *N.* 22. ibi III. *notitia. etc.*

(34) Ita Borch. *C.* 7. *n.* 10. Raueh. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 36. *et seq.* nec parti, quæ non detulit nec judici quem negotium non concernit. Et quia in eo is exsequitur dispositionem legis, præsumptio calumniæ cessat. *Arg. L.* 12. *L.* 18. *jud. solu.* Atque ita nec in juramentis a lege delatis (veluti quod heres non confecto Inventario præstat. *L. ult.* §. 10. *Cod. de jur. delib.*) exactioni hujus calumniæ juramenti locus Rauchb. *d. Quæst.* 11. *n.* 35. *et seq.* Reinh. Rosa *addit. ad* Moller. *Nov. Sax.* 12. *p.* 1. *n.* 6. Jac. Schult. *Obs. Forens.* 57. *n.* 20. Enimvero si verborum cortici inhærendum, videri potest, ex *Nov. Elect. Sax.* 12. *P.* 1. etiam delato suppletorio vel purgationis jurejurando adversario prius de calumnia jurandum. Contra tamen in Curia Lipsiensi judicatum anno 1599. attestante Icto. quodam eximio in manuscriptis observationibus. Cæterum et Modest. Pist. *P.* 3. *Q.* 130. *n.* 12. *et seq.* cum alicui reo deferretur juramentum de qualitate lucri percepti, cujus dimidia ex conventione ad actorem redire debebat, non fuisse injunctum calumniæ hoc jusjurandum deferenti scribit. Tum quod non calumniose exigi apparuerit, cum nemo teneatur simplici assertioni stare, tum quia id juramentum non litis decisorium. nec in eo fundum intentionis consistit, sed juramentum liquidationis ad executionem potius processus quam merita caussæ pertinens, quale est illud, de quo *d. L. ult.* §. 10. *C. de jur. delib.*

(35) Ita Don. *ad L.* 9. *C. h. t. n.* 19. *Add.* Borch. *C.* 7. *n.* 9. Myns. *ad Rubr. extra de probat. n.* 30. Diff. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 7. *p.* 657. volens et hic relationi locum esse, de

non referatur, nisi quod ante delatum fuit. Neque iniquum est displicere ei eam conditionem, quæ ab eo non sit profecta. Arg. *L. jusjurandum, et ad*, §. *datur, hic*. Nam quod generaliter scriptum est, in *L. generaliter*, §. *sed juramento*, *C. eod*. Si cui jusjurandum delatum est, vel a partibus, vel ex auctoritate judicis, posse eum jusjurandum referre: jam dixi ad hoc genus jurisjurandi non pertinere, sed ad id, quod delatum est ex auctoritate quidem judicis, sed petente parte, ut judex id deferat, ut indicant illa verba. *Quis enim ferendus est?* et item extrema illa, propter hoc ipsum, quod judex ejus petitionem secutus est. Quæ reliquæ caussæ sunt, ne hæ quidem ad hoc jusjurandum pertinent. Qui ex jurejurando afficitur aliquo incommodo, aut qui metuit, ne frustra juret, hunc volumus jusjurandum recte recusare. Sed nihil horum metuit is, cui a judice defertur jusjurandum: cum hoc exacto jurejurando futurum sit, ut secundum eum judicetur, qui juraverit, ac tandiu sententia valeat, quandiu novis instrumentis post repertis non retractatur. *L. admonendi hic*. Postremo etsi id detulisset judex antea, et ante sententiam revocasset: licet tamen ei mutato consilio postea id deferre, quoniam ita jus est, ut quod jussit, vetuitve judex, id possit contrario jussu tollere. *L. quod jussit, infr. de re jud.* Apparet ex his, sive a litigatore jusjurandum in lite ac judicio deferatur auctore judice, sive deferatur a solo judice in dubiis caussis, ex utroque genere jurari necesse esse, quandiu nulla sit idonea recusandi caussa: sed ex priore plures esse caussas ad recusandum; ex posteriore vix paucos. Ac quæ utrobique recusandi caussæ sint, expositum est: extra quas nihil relinquitur nisi necessitas jurandi, de qua quærimus.

so Accurs. contra apertissima verba *d. L.* 12, §. 1. dubitare. Ast resistit Fabro ipsa verbi *referre* significatio. Refertur enim unde illatum est. Et quomodo necessarium hoc jusjurandum magis quam judiciale, si non ex necessitate suscipitur. Denique si omnino verba: *Vel ex auctoritate, etc.* de necessario accipi debent, tamen quod de relatione sequitur juramentum judiciale solum referendum, sic ut singula singulis respondeant ita: Cui a judice defertur, jurare debet: cui a parte, jurare vel referre. Hinc in *seq. vers.* necessitas præstandi relatum, non indistincte imponitur utroque casu, sed ei, cui jure refertur, qui scilicet ipse detulit.

CAP. XIV.

Necesse esse venire ad judicem jurandi caussa, cum vocatus fueris: nisi siquibus hæc veniendi necessitas remittitur: et quæ res hanc remittant.

SUMMARIA.

1. *Absentem qui jurare paratus erit, evocatum jurandi caussa venire debere.*
2. *Cur hæc necessitas inducta.*
3. *Vocari absentem ante omnia oportere, et quid in ea vocatione servandum, ut sit justa.*
4. *Qui venire non possunt, excusati.*
5. *Necessitas veniendi quibus remittatur.*
6. *Egregiæ personæ quæ.*
7. *Qui venire non coguntur, domi jurare cogendi: mittiturque ad absentem officialis judicis; quis, et cujus sumptibus.*
8. *Si absens qui venire non cogitur, ex alieno territorio erit, per judicem ejus territorii transigentur quæ de jurejurando facienda sunt, et quo modo.*

Quod superest, monendi sumus non simplicem esse hanc necessitatem. Ut enim aliquoties jam attigimus, non solum exigitur, ut cui jusjurandum defertur, juret, sed etiam ut juret præsente judice, ut cautum est in *L. generaliter*, §. *omne*, *C. eod.* Quod non tantum hanc vim habet, ut nisi præsente judice juretur, non sit ratum jusjurandum; sed etiam ut si ab aliquo postuletur, is apud judicem jurare necesse habeat. Hæc necessitas ita jurandi aliam necessitatem adversus absentem indicit: nimirum, ut si aberit is quem pars adversa præsens jurare vult, is etiam hujus rei caussa venire debeat, si modo in absente idem illud jus servetur, ut præsente judice jurari oporteat. Id quod et receptum est: unde et illa altera necessitas, de qua restat, ut ad conditionem totius hujus necessitatis explicandam cognoscamus.
1 Ac de ea sic habendum est. † Referre jusjurandum sibi delatum absens si velit, potest: cum relatio per quemcunque significetur, præsenti qui jusjurandum detulit, nihil noceat. Potest multo magis per procuratorem significare se nolle jurare. At si juraturus est; hoc vero absens facere non potest, neque per se ibi, ubi est, neque per procuratorem suum ibi ubi agitur; sed deferente adversario venire debet ad judicem, ut coram jusjurandum præstet: ut si non venerit, sua sit et huic recusationi pœna. Hæc necessitas veniendi, cum jusjurandi caussa evocatus fueris, vetus est, non Justiniani lege primum introducta *d. L. generaliter*, §. *omne*. Nam jam olim si quis ad jusjurandum vocaretur, certis personis tributum hoc esse constat, ut ad eas domum mitteretur. *L. ad personas hic.* Quod certum argumentum est id aliis non concedi, sed domo evocatas venire cogi: præsertim cum personæ conditio in eo locum fecerit beneficio: quod quoties accidit, id observatur, ut deficiente ea conditione beneficium deficiat. *L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. jur.* Sed maxime confirmatur hæc necessitas a Justiniano in *L. generaliter*, *C. eod.* non solum quod jubet in litibus omne jusjurandum dari sub ipso judice, quod facit in §. *omne igitur*: sed etiam quod in §. *his de præsentibus*, aperte dicit ipsam principalem personam, cui jusjurandum delatum est, necesse esse datis certis induciis ad judicem venire, ut coram juret, vel si videtur, referat, aut recuset jusjurandum. Adiicitur quidem, nisi judex existimaverit rem ibi transigendam esse, ubi absens degit: sed quatenus judici id existimare liceat, ostendit in §. *ultim. seq.* cum jubet eum in hac re id sequi, quod observatio judicialis postulat: in quo quid jus postulet, paulo post dicam. † Non abs re est 2
autem, quod qui jusjurandum defert, postulat ut adversarius ad judicium adsit, (1) ubi

(1) Et in necessario cum primis multum refert, qua constantia aut trepidatione juret, Gilken. *ad L.* 12. *pr. C. hoc tit. n.* 6. A. Fab. *Cod. suo hoc tit. Defin.* 31. Ubi nec in locum judicis alium substitui posse putat, coram quo juretur, quia ipsi potius judicaturo videndum, nec ab alio explorandum, qua fronte vel fiducia juratum sit. Sed et præce-

judice præsente juret. Non enim tantum ita fieri ad judicis officium pertinet, cujus est quidquid ad probationem et litis decisionem in judicio adfertur, id cognoscere et æstimare, ut ex eo deinde sententiam ferat: *L. judices. C. de jud. L. de qua re, supr. eod.* Sed etiam magnopere deferentis interest. Sic enim eveniet, ut juraturus præsentia et auctoritate judicis territus, juret timidius, dubitetque, hoc præsente et metum numinis incutiente, ea dicere ac facere, quæ fortasse remotis arbitris non formidasset. Ut enim litera, auctore Cicerone, sic solitudo non erubescit. Nec audiendus est (2) procurator absentis, si se paratum dicat nomine domini jurare. Non enim huic jusjurandum defertur, sed domino. Neque vero cogendus est adversarius huic potius deferre: cum inter fidem et religionem cujusque multum intersit. Certe nihil est, quod deferenti possit objici, si ei quem fortasse non novit, aut etiam cui nolit eandem fidem non habeat. Recte dictum est, in re cujusque præscribi domino non debere, cur metuat hoc aut illud subire, vel cur nolit, cum variæ sint hominum voluntates. *L. 4. infr. ad Treb.*

Sed esse oportet, quod absenti imputari possit, cur non venerit, prius quam quidquam eo nomine pœnæ caussa in eum statuatur. Pœna enim cum sit delicti vindicta, sine delicto esse non potest. *L. aliud est fraus, infr. de ver. sig.* Sic autem est, quod possit absenti imputari, si vocatus sit, ut adesset jurandi caussa: nec vocatus quovis modo, sed rite: et vocatus venire contempserit, ut nulla sit vocato excusatio, quod non venerit.

3 † Dixi vocari absentem debere, ut venire necesse habeat: quod est in promptu. Nam quomodo venire poterit, ut juret, qui se ad jurandum vocatum ignorabit? Evocatur ad jurandum is, (3) cui denuntiatur, ut adsit in judicio ad jusjurandum præstandum quod

dere oportet admonitiones judiciis, ut juraturus probe rem expendat, nec temere juret aut pejeret.

(2) Recte. Nam absens per alium facilius et audacius pejerabit, Ant. Fab. *C. suo h. t. Definit.* 31. Et plerumque Procuratores vitiones, loculelii et ad pejerandum procliviores minusve meticulosi. Coler. *Decis.* 115. *n.* 9. *et* 10. Atque hoc sane apud nos jure Sax. extra controversiam. Ita enim habetur, *Artic.* 15. *Weichbild. Mus Sein Scuvissen mit seiner selbst Hand reinigen.* Et *Lib.* 1. *Landr. Art.* 46. quod mulieres ipsæ, non per curatores suos, jurare debeant, Quod multo magis in maribus obtinere dicendum, Reinh. *Inter. diff. Zobel. Diff.* 21. *n.* 12. *et* Zobel. *Diff.* 27. *n.* 2. *Part.* 1. Coler. *Decis.* 115. *n.* 3. *et* 6. Rauch. *P.* 1. *Quæst.* 3. *n. et* 10. Knich. *de Sax. non provoc. jure v. jus C.* 4. *n.* 65. *et seqq.* Quod adeo stricte in Curiis servari, ut etiam illustres personæ ipsæmet jurare cogantur, itaque in caussa cujusdam Principis contra Comites quosdam agentis pronunciatum testantur, Moller. 4. *Semestr.* 20. *et* Knich. *d. loc. n.* 68. Sicuti et jusjurandum Collegio vel Universitati delatum, non per Syndicum, sed tres vel quatuor et Senioribus, quibus res melius comperta præstari debet ex *Nov. El.* 13. *P.* 1. Beust. *ad Rub. D. hoc tit. n.* 71. Confer. A del Re *Juram. calum. C.* 15. *n.* 107. *et seqq.* Etsi vero auctores citati dispositionem hanc juris Sax. a jure civili discrepare sentiant. Est item Bart. *in L.* 13. §. 13. *de dam. inf* et sequaces Sich. *ad L.* 14. §. 4. *C. h. t. n.* 3. Covar. *ad C. quamvis* 2. *de Pact. in* 6. *P.* 1. §. 5. *n.* 18. Sneidvin. *in* §. 11. *I. de act. n.* 104. *et seqq.* P. Gregor. 50. *Synt.* 7. *n.* 8. Asin. *de Exsecut.* §. 9. *C.* 2. *n.* 1. Obr. *de Juram. calum. C.* 6. *n.* 19. per Procuratorem jusjurandum ita præstari recte velint, si speciale mandatum habeat, ut in animam domini juret, per *d. L.* 13. §. 13. *C. ult. de jur. calum. in* 6. *C. præsentiam* 2. *de testib. in* 6. Itaque receptum quoque perhibet Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 7. Idemque ex *L.* 17. §. *ultim. h. t.* cumprimis comprobari censent Obr. et Sneidv. *d. loc.* qui hoc amplius *n.* 107. hanc dispositionem civil. nec jure Sax. correctam statuit, putans quod in Curiis nostris obtinet, statutis earum et ordinationibus adscribendum. Attamen melior Donelli nostri sententia, maxime quoad jusjurandum decisorium, in qua et olim Bald. *in L.* 13. §. 4. *C. h. t. n.* 2. eamque prælucere dicit Gilk. *ibid. n.* 2. et ex mente Bart. esse, et deferens vult, ut ipse reus præstet. Vid. Borch. *C.* 4. *n.* 10. *et seq.* Bron. 2. *Ax.* 29. Neque enim deferens alterius fidem sequutus; et jurandum ex conditione delata, ut *supr. C.* 6. Ac confirmat *L.* 21. §. 5. *de nox. act.* Ja. Schult. *in addit. ad* Coler. *d. Decis.* 116. *n.* 29. Et more pessimo receptum esse, ut quis juret in alterius animam scribit. Gifa. *ad L.* 39. §. 1. *de Procur. n.* 15. Ventur. de Valent. *Parthenii litigiosi Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 33. Longe alia certe ratio est delationis, quæ fit per Procuratorem ut *d. L.* 17. §. *ul. supr. C.* 4. *n.* 1. alia præstationis delati ab alio. Qui non Procuratori, ita enim res dubio vacat, ut *supr. C.* 7. *n.* 6 sed domino ejus detulit. Confer. *not. C.* 3. *N.* 10.

(3) Sed et adversarius qui detulit, citari debet, ut veniat ac præsens jurari videat, ipse vel per Procuratorem ad hoc ordinatum, *d. L.* 12. §. 4. ubi Gilk. *n.* 4. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 40. *et seq.* Caroc. *Q. principali* 4. Qui si non compareat, per contumaciam ejus, jusjurandum delatum pro præstito est *Novel. Sax.* 12. *P.* 1.

ei ab adversario defertur. Quomodo dicimus absentes testes evocari testimonii dicendi caussa. *L.* 3. *§. ult. infr. de testi.* Sed et rite vocari oportet. Alioqui nec vocatus videatur *L. quoties. sup. qui sat. cog.* ut proinde in vocato denuntiationem impune contemnere liceat. Quæritur ergo per quem vocari debeat, et quomodo, ac cujus sumptibus, tum quis possit vocari. In quibus hic ritus et jus vocandi continetur. Et judicis est hæc vocatio, denuntiatioque omnis, non litigatoris; ut cum pars præsens absentem jurare volet, nihil ei prosit, si per se aut per privatum aliquem curet absentem admonendum, eique denuntiandum, ut adsit in judicio jurisjurandi caussa, quod illi deferre constituit; sed a judice eam denuntiationem postulare debeat; hujus autem sit curare, ut absens ea gratia evocetur. Sic jus est de absentibus evocandis et admonendis, quoties abest unus ex litigatoribus, quo tamen præsente aliquid in judicio, aut apud judicem fieri oportet, idque ut fiat ab adversa parte postulatur. *L. etiam, §. ult. supr. de minor. L. si quando, §. 1. C. de testib. Novel. de testib. §. ult.* Unde et vocationes hujusmodi judicum, *consuetæ* vocantur in *Novel. ut. spons. larg. §. ad hæc.* Hoc autem modo evocabit absentem judex, ut per apparitorem seu exsecutorem id faciat; ut fit, quoties pro officio et potestate aliquid denuntiat. *d. si quando, §. 1. C. de test.* Quod eo pertinet, ut intelligamus, quamvis judex procuratori ipsi absentis mandarit, ut ad dominum mitteret, eumque admoneret: tamen frustra id esse, nec absenti id nocere, sive eum procurator non admonuerit, sive admonuerit et ille neglexerit venire. Neque enim vocatur per judicem, qui adhibito ministro publico judicis non vocatur. Et ut non cogitur quisquam parere extra jurisdictionem suam jus dicenti: *L. ult. supr. de jurisd.* sic nec extra officium suum vocanti, aut quid exsequenti fidem habere. Est et hoc in officio judicis absentem evocantis, ut venturo (4) certum tempus præfiniat, intra quod ad judicium adsit: ne longiorem moram trahat, et si non veniat, excuset, quod nullum tempus constitutum habuerit, eoque efficiatur vocatio inanis. Quo referri debet, quod de certis induciis absenti ad veniendum dandis cautum est in *d. L. generaliter, §. his de præsentibus, C. eod.* De sumptibus in iter faciendis quæri potest, an juste petiturus sit absens hos sibi in iter a deferente prærogari; his autem non suppeditatis non magis cogendus sit venire, quam coguntur testes, qui ad testimonium evocantur. *L. si quando. C. de test.* Sed diversa est caussa testium. Illi enim ad caussam alienam vocantur, in qua nihil est, cur cogantur de suo sumptus facere. Litigator absens vocatur in sua caussa, et ita, ut vocetur in rem suam. Vocatur enim ad jurandum: quod si faciet, futurum est, ut secundum eum judicetur. *L. admonendi, hic.* Quamobrem puto eum re integra suis sumptibus venire debere. In sententia sarcientur ei postea, si jurabit, ut suo loco dicetur. Initio autem re integra ut sibi prærogentur a deferente, frustra postulabit. Etenim cum quis postulante adversario proficisci, aut aliquid aliud cum sumptu facere cogitur, tribuitur quidem hoc ei, ut faciat petitoris sumptibus: sed non aliter, quam si petitoris caussa faciat, non sua: in rem petitoris, non suam. *L. si res mobilis, sup. de rei vind. L. si in Asia, §. 1. infr. dep. L. operæ enim, inf. de op. lib. L. ult. C. de stat. et imag.* Quod si vocatus cum venerit, jusjurandum referre aut recusare volet: jam hic ideo suis sumptibus proficisci debet, quia harum rerum gratia, si proficiscitur, non necessarium iter, eoque nec necessarios sumptus instituit: cum possit absens, nec coram judice horum utrumque facere, ut ante diximus, idque significare adversario per eum apparitorem, a quo vocatus est. Quare si aliter facit, de se queri debet, ac culpa ejus est: quod sua culpa damnum sentit, sentire non videtur. *L. quod quis ex, infr. de reg. jur.* Hoc statui hoc loco eo spectat, ut intelligatur nullam esse caussam vocato, ne veniat, quamvis ei sumptus ad iter ab adversario non suppeditentur, ac sine horum oblatione rectam esse vocationem. Omnem recte vocari constat, qui sit territorio judicis subjectus. Quid, si absens sit ex alia provincia alienve territorio? Fortasse quis dicat non posse jure evocari, sed ad judicem ejus loci mittendum esse, ut quæ jurejurando delato facienda sunt, apud eum transigantur, juxta formam præscriptam in *L. generaliter, §. his de præsentibus, C. eod.* quoniam extra territorium, suprave jurisdictionem suam jus dicenti impune non paretur. *L. ult. supr. de jurisd.* Ego autem puto nihilominus etiam judicem hunc recte evocaturum per apparitorem suum, ut nisi veniat, sit pœna non venienti constituta. Nec

(4) Apud nos *d. Nov. Sax.* 12. *P.* 1. terminus legalis 6. hebdomadarum et trium dierum. Quo lapso juramentum pro deserto et neglecto, atque is cui delatum fuit, pro confesso habetur. Qua de re Vid. Jac. Schult. *Obs. forens.* 5. *et* 3. *seqq.*

metuemus, ne dum judex id facit, videatur supra jurisdictionem suam facere; quia qui apud eum litigat extraneus, is se ejus jurisdictioni in ea caussa subiecit, sive agit, sive alio agente judicium apud eum suscepit. *L.* 1. *L.* 2. *in pr. supr. de jud.* Si judex sententiam aut decretum in alieno territorio exsequi vellet, puta ibi bona pignori capiendo, aut in possessionem mittendo, liceret, ei non parere: quia exsequitur extra territorium, et in re ejus territorii potestatem non habet. *L. cum unus, §. is qui, infr. de reb. auct. jud. pos.* Nunc autem absentem ad jurandum vocando non aliud agit, quam ut moneatur absens, ac si non paret, sit ea pœna, quæ est in potestate ipsius judicis. Id enim agitur, ut si sponte venit vocatus et jurat, judex pro eo sententiam ferat; si non venit et recusat jurare, ferat adversus eum; quorum utrumque judex pro sua jurisdictione statuere potuit: ut dicendum sit nihil hic eum nisi inter personas suæ jurisdictioni subjectas, et de caussa ad jurisdictionem suam pertinente, et in territorio suo statuere. Atque hæc idonea vocatio est.

4 Ut autem quis † rite sit vocatus: non continuo tamen in culpa est, aut ulli pœnæ subjicitur, qui vocatus non venit; sed qui contempsit venire, abestque per contumaciam. Arg. in *L. in caussæ.* 1. §. 1. *supr. de minor. L. contumacia, infr. de re jud.* Quod ita fit, si vocatus cum posset et deberet, non venit. Sunt vero qui non possint, sunt etiam qui jure non necesse habeant, jure hanc necessitatem remittente. Ei qui etiam si veliet, non potuit, nihil est, quod possit imputari. *L. cum quidam, §. si. pupillo, infr. de usur.* Proinde qui (5) necessitate aliqua prohibitus est, erit excusatus: veluti si vi hostium aut latronum, si tempestate, si morbo. *L.* 2. *§. si quis judicio, supr. si quis caut. L. inviti,* 1. *infr. de testib.* Idem est, etsi jure sit prohibitus, ut quia publici muneris caussa relentus sit, aut aliunde ad testimonium desideratus. *d. L.* 2. *§.* 1. *et §. si quis judicio, supr. si quis caut.* † Interdum etiam ei qui venire potuit, 5 hæc veniendi necessitas, ut dixi, jure remittitur. Qua de re statuitur aut ex intervallo locorum, aut ex conditione personæ. Ex intervallo locorum, (6) ut ne quis absens evocetur per longum iter, ubi nulla gravis et evidens evocandi caussa urgeat. Quod in testibus evocandis constitutum *L.* 3. *§. ult. infr. de testib.* etiam ad hanc speciem referri debet: in qua et ipsa qui ad jurandum vocatur, ad rem probandam vocatur: quoniam jusjurandum probationis loco est. *L.* 5. *§. dato, hic.* Sed et in hac specte facilius admittendum, quod ad mendacium in jurante deprehendendum minimum valet, prudentia et diligentia judicis: quia non interrogatur varie is, cui jusjurandum delatum est, sed res uno verbo transigitur, ut dicat se jurare ita, aut ita rem se habere: quod in interrogatione testium secus est. Ex conditione personæ nun uno modu: nam hic istarum rerum ratio habetur, sexus, infirmitatis corporis, paupertatis, officii, dignitatis personæ. Sexus in fœminis, quibus hoc tribuitur, (7) ne contra pudorem sexui congruentem cogantur conventibus virorum vel judiciis interesse: usque adeo ut placeat capitale esse, si quis judex matremfamilias in publicum pertraxerit, *L. maritus, C. de proc. L.* 1. *C. de offic. diver. jud.* Infirmitatis in (8) senibus et valetudinariis:

(5) Et hic quoque carentiam Advocati excusare ex Wes. Molt. *ad d. Nov. Sax.* 12. *n.* 2. ubi monet, mature hoc judici significari debere, petique ut terminus prorogetur.

(6) Gilk. *ad L.* 12. *§. hæc de præsentib.* 4. *n.* 4. committi judicis, arbitrio, num ipsum accersi velit, an si in longinquo sit, Magistratibus ejus loci delegare.

(7) *Nov.* 124. *C.* 1. vers. *Si vero mulier C. mulieres* 6. *extr. de senten. excomm.* Chassanæ *Catal. glor. mund. P.* 2. *Consid.* 30. Quod recens fuisse institutum. cum vetus mos fuerit Vestales quoque in foro et judicio audiri, quoties testimonium dicerent ex Tacito 2. *Annal.* probat Tiraq. *L. Connub.* 10. *n.* 33. Sane Duar. *in Prior. Com. C.* 7. istud quod in publicum prodire non debeant, moribus Italorum, non Gallorum convenire scribit. Neque hoc apud suos obtineri posse in judiciis, nisi matrona sit egregia. Quin et Caroc. Italus licet *Q.* 5. *Quæst.* 13. *princip. n.* 4. hoc servari solum in Nobilibus et puellis; viles et rusticas ipsas accedere. In pudicis et honestis Ant. del Re, *de Juram. cal. C.* 17. *n.* 8. In Germania hoc usurpari in honestioribus notant Sich. *ad L.* 12. *§. ult. C. h. t. n.* 2. *et* Obr. *de Juram. cal. c.* 9. *n.* 23.

(8) Non propter reverentiam, sed propter necessitatem, si nec possunt venire Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 7. Licet enim Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 12. *et seqq.* honorem hunc ætati haberi velit: tamen plerique testantur hoc jus, ut senes excusentur, consuetudine non servari: ut ipsi venire debeant, nisi aut morbo conflictentur, aut in dignitate aliqua constituti. Vid. Tiraquel. *de Jur. primogen. Præfat. n.* 109. Caroc. *Q.* 5. *Quæst.* 13. *principal. n.* 6. *et seq.* Ut judicis arbitrii sit, quis hic, qua ætate senex habendus, Menoch. *Arb. C.* 59. Sicuti et quis hic valetudinarius,

quibus consulitur. ne cogantur domo longius aut diutius abesse cum incommodo valetudinis. *L. inviti.* 1. *infr. de testib. L. ad personas, hic.* Paupertatis in his, (9) qui bonis casu amissis propter nuditatem honeste in publicum prodire non possunt: quorum et ipsorum pudori recte parcitur, ne cogantur prodire: quod definitum est in *C. si quis testium, extr. de testib.* recteque defenditur, arg. *L. in eadem. in fi. supr. quibus ex cau. mai.* Officii in his, qui administratione aliqua pro exercitu, aut Reip. funguntur. Non loquor de administratione et functione necessaria, qualis est militum, et eorum qui Reip. caussa absunt: quos omnes constat satis necessitate ipsa muneris impediri, ne absint ab his locis, in quibus pro ratione muneris eos consistere convenit: *d. L. inviti,* 1. *infr. de test.* loquor de administratione voluntaria, qualis est publicanorum, et eorum, qui quid exercitui præbendum conduxerunt: quibus et ipsis pro utilitate publica placuit hoc tribui, ne etiam testimonii caussa evocentur, ne impediatur eorum administratio. *L. inviti.* 2. *infr. de testib* Dignitatis in his personis, quæ egregiæ nominantur. Egregias personas placuit ad jurandum domo evocari non debere. *L. ad perso-*
6 *nas. hic.* † Egregias (10) personas dici constat, quæ sunt extra cæterorum gregem. Ut autem intra gregem aliorum civium esse dicuntur, qui communi utuntur cum aliis conditione et jure: sic extra gregem il, qui hac conditione exempti propria aliqua et præstantiore fruuntur. Communis civium conditio ita est, ut nemo civis in alium civem, qui ex eadem familia non sit, jus potestatemque habeat, sed omnes æquabili jure inter se vivant: tum ut omnes subjiciantur muneribus publicis non solum patrimoniorum, sed etiam personalibus. Quod si qui in hac caussa non sunt, hos vere extra communem conditionem aliorum, idest, extra gregem, positos esse dixeris. Quamobrem tres res egregios faciunt, potestas publica et præfectura in alios; immunitas ab omnibus muneribus jure tributa; et claritas his rebus comparata. Potestas in alios publica est in jurisdictione. Hic sic recte definiemus: Qui cum potestate et jurisdictione præsunt aliis, quive in hac potestate auctoritatem aliquam juris dicendi pro munere publico, quo funguntur, obtinenti, quales sunt (11) domini territoriorum seu feudorum, in quibus jurisdictionem habent in subditos; quales duces belli tam inferiores, quam superiores; quales magistratus tam Principis quam municipales; quales judices non dati; quales magistratum judicumve assessores, qui propter auctoritatem publicam de jure consulendi, nonnullam in jurisdictione partem obtinere videntur: hos omnes non dubitabimus propter publicam potestatem in alios, et quia aliis præsunt, inter egregias personas esse habendos. Nihil enim horum nisi extra communem conditionem et sortem reliquorum civium. Illud præcipue, quod præsunt, extra gregem eos, ac proinde egregios esse ostendit. Quod enim præsunt, commune habent cum pastoribus. Nemo autem ignorat pastores in grege non esse, sed maxime extra gregem. His finitimi sunt etsi (*) *sine juris-*

aut infirmus, Menoch. *seq. Casu* 60. De quo et unde hoc cognosci et æstimari debeat, Caroc. *d. Q.* 5. *n.* 13. *ac seqq.*

(9) Quod et recipiendum in Nobili paupere, maxime cum huic dedecus sit in publico comparere viliori habitu, post alios Tiraquell. *de Nobil. C.* 20. *n.* 47. *et seq.* (Neque enim Nobilitas paupertate amittitur, ut idem *d. Tr. C.* 25.) Sed hoc apud suos non servari scribit, Chassanæ. *Catal. glor. mundi, P.* 8. *consid.* 38.

(10) Qui speciosi, *L. speciosas* 100. *de V. S.* Rulant. *de commiss. P.* 2. *lib.* 2. *C.* 5. *n.* 9. Quinam autem tales habendi, cum non facile sit definire, judicis arbitrio ex cujusque dignitate ac existimatione æstimandum tribuunt Duar. *in Prior. Comm. h. t. C.* 7. *in Poster. C.* 3. *sub fin.* Gravat. *de communi testatus. Annot. ad Pract. Vestrii Lib.* 6. *C. ult. n.* 11. Menoch. *Arb. C.* 70. *n.* 2. Obr. *de Juram. cal. C.* 9. *n.* 20. Sed a Donelli doctrina non abludunt, quæ habet Perreno, aliud licet agens 1. *Animad.* 25. qui tres dignitatis caussas statuit : loci dignitatem, natalium splendorem, meriti præstantiam. Ut omnis dignitas vel loci sit, vel ordinis seu familiæ, vel meriti, quæ in specie dignitas vocetur, per *L.* 1. *C. Th. ad L. Jul. de ambit. L.* 4. *C. Tr.* 1. *de accusat. etc.*

(11) Maxime vero illustres, qui injuriam sustinent, judicio consistendo, *Nov.* 71. *C.* 1. Attamen ex stilo Curiæ Lipsiensis Comes quoque ipse (in persona, *ut not. supr. h. C. N.* 2.) et publice jurare tenetur. Jac Schult. *addit. ad decis.* Coler. 115. *n.* 25.

(*) Infensus Ecclesiasticæ potestati sive jurisdictioni Donellus sæpius eandem tundit incudem, vel ut est in Græcorum proverbio *τὸ αὐτό ᾄδει ᾆσμα* ut hic et superioribus locis ; sed mihi non est animus, actum agere. Fallitur omnino Donellus dum omnem Episcopis jurisdictionem denegat : qua de re vide quæ *supra Civil. Comment. Libr.* 2. *Cap* 4. *col.* 205. *et Lib.* 13. *Cap.* 20. *col.* 961. sub asterisc. Sunt adnotata, ibique laudatos.

dictione, qui præsunt (12) *in ecclesia Dei, episcopi*, ministri verbi, doctores, et qui regendæ ecclesiæ quoquo studio dant operam. Et certe præcipue ecclesia gregi comparatur, hi sunt pastores. *Joan.* 21. *Act.* 20. 1. *Pet.* 5. et hi quidem, qui maxime inter alios duplici honore digni habeantur. 1. *ad Timot.* 5. ut maxime hi egregii dicendi et habendi sint: quo et in numero præcipue habentur constitutionibus. Unde et præcipuo quodam favore illis tributum constitutionibus id, quod egregiis personis tributum dicimus, ne ad judicium inviti trahantur. *L. nec honore. auth. sed judex, C. de epis. et cle.* Immunitas idem præstat, aut certe idem personæ tributum arguit. Immunitate ab omnibus muneribus publicis et civilibus jure publico (13) donati sunt, medici, bonarum

(12) Et est ordo sacerdotalis dignitas, *L. atrocem* 4. *C. de iniur. C. denique ult. pr.* 4. *distinct.* Nec clericus inter plebejos numerandus, *L.* 2. *C. ut nem. priv.* Tiraq. *de Nobil. C.* 9. Quin Episcopi illustres, Vid. Jannin. *Lib.* 1. *de Cit. reali. C. n.* 892. *et seqq.* Add. Meno. *C.* 70. *n.* 4. Olim sane Sacerdotibus idem non tributum, exemplo ex Tacito *Lib.* 6. ostendit Duar. *in Prior. Com. h. t. C.* 7. *et in Post. C.* 3. *in fin.*

(13) Et quidem non solum publice in Academiis docentes, sed quosvis Docturæ insignibus ritu publico decoratas egregios haberi, hocque privilegio frui, celebrius ac probatius asseritur, teste Gravat. *Annot. ad Pract.* Vestrii *Lib.* 6. *C. ult. n.* 12. Beust. *ad d. L.* 15. *h. t. n.* 1. cum Doctoratus sit dignitas, et quivis Doctores nobiles. Qua de nobilitate fuse Tiraq. *de Nobil. C.* 5. Sinibald. Ubald. *de Nobilit. Axiom.* 24. Thom. Horner. *in Responso de Nobilit.* Chassa. *Catal. glor. mund. P.* 8. *Consid.* 10. *et* 12. *et P.* 10. *Consid.* 24. Sim. Maiol. *Dier. canicul. Tom.* 2. *Colloq.* 6. *pag.* 504. Gui. Pap. *Decis.* 88. *et* 388. ibique *in Addit.* Ant. Rambaud. Gomez. *in L. Tauri ul. n.* 17. Franc. Pfeil. *Cons.* 197. Harpr. *ad §.* 1. *I. de iis per quos ag. n.* 78. *et* 4. *seqq.* Rulan. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 7. *C.* 2. Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iurisd. P.* 1. *C.* 7. *Memb.* 2. *n.* 66. *et seqq. et Lib.* 3. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 90. *et seqq.* Jo. Halbritt. *Orat. de Privil. DD.* (subjecta *Tract.* Boceri *de jure belli*) *p* 335. *itemque Orationis* Mynsingeri (quæ insertæ *apud* Spech. *Cent.* 1. *Q.* 100.) Wolf. Gruningii, Arnol. de Reig. et Herm. Hirchneri (quæ tres junctim excusæ) *de Dignitate Doctorali.* Quod idem quoad medicos contra aliorum rationes propugnat Sinibald. Ubald. *supr. ad loc. Axiom.* 51. *et* 2. *seqq.* Confer. Simone. *Lib.* 1. *de Repub. C.* 10. fuse Tiraq. *de Nobil. C.* 31. Sane eos qui ex rescripto, quos seu codicillis Comitum Palatinorum gradum adepti, quos codicillares aliqui vulgo bullatos Doctores appellitant, iisdem Privilegiis non frui magno consensu plerique prodidere. arg. *L.* 51. §. 1. *de leg.* 2. Vid. Gu. Pap. *Decis.* 88. *n.* 3. *et Dec.* 388. *n.* 11. Coler. *de Process. exsec. P.* 2. *C.* 3. *n.* 129. Rulant. *P.* 1. *Lib.* 1. *C.* 14. *n.* 8. Ott. Meland. *Comm. Cameral. Parte* 1. *Tit.* 45. Spekhan. *Cent.* 1. *Q.* 22. post plures citatos novissime Jacob. Aleman. *Consult.* 5. *pag.* 213. *et seq.* Scite Maiol. *Dier. canicular. Tome.* 2. *Colloq.* 6. *pag.* 505. Quorum tamen patrocinium operose suscepit Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 1. *C.* 6. *Mem.* 1. *n.* 73. *et seqq.* Num licentiati iisdem gaudeant, vid. Guid. Pap. *Decis.* 390. Menoch. *Arb. Casu* 379. Matth. Steph. *Lib.* 3. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 95. *et seqq.* Enimvero cum multi hodie præpropere Doctoris supercilium usurpent, quos discipuli suscipere famulatum decentius esset ut verbis Rubricii *Lib.* 2. *Epist.* 25. *levicule* inflexis utar, cumque haud raro collatores honorum requisitis iis, de quibus fuse Pacia. *Lib.* 2. *de Probat. C.* 41. insuper habitis non tam doctrinam candidatorum explorent quam crumenam turgidulam excutiant, vid. quæ ex Alciato Matth. Steph. *d. Lib* 3. *P.* 2. *C.* 14. *n.* 77. *et* Simon Maiol. *d. Colloq.* 6. *p.* 505. Unde tot a multis de Doctoribus sine legibus et Doctorellis quos vocant prodita. Vid. Neviz. *Sylu. Nupt. Lib.* 5. *n.* 39. *et seqq.* Pacia. *d. C.* 41. et quæ ex Hippol. Marsil. refert Rulant. *P.* 1. *Lib.* 1. *C.* 14. *n.* 7. Ideo haud absurde, qui immunitatibus veris Doctorum eos solum frui debere volunt, qui vel docendo, vel agendo operam reip. navant vitamque professioni convenientem degunt. Vid. Gu. Pap. *Decis.* 388. Wesenbec. *Cons.* 40. *n.* 40. Rulant. *d. C.* 14. Quo ipso exclusi solum habendi qui vel inertia Doctores nomine, non re, vel desidia vitam silentio obscuri transigunt. Nec docentium loco tantum, qui publico stipendio e cathedra, sed et qui intra domesticos lares alios laudabiliter instituunt, utilibusve exercitiis eorum studiis prosunt. Cum primis vero qui publicatis doctrinæ monumentis egregiis ad posteritatem victuris de republ. optime merentur, quibus non unius Academiæ, nec paucos, nec suæ solum ætatis homines instituunt. Quos cæteris præferendos esse statuit Chassanæ, *Catal. gloriæ mundi. P.* 10. *Consid.* 28. Plane quod. *L. un. C. de professoribus qui in urbe Constantinop. Lib.* 12. *tit.* 15. habetur, post continuatum per 20. annos docendi munus professores comitivam mereri, etsi tum ex *Rubr.* tum ex verbis *d. L. un.* in hac regia urbe non locum habere in alibi proficientibus videatur, Bellon. 1. *Supputat.* 13. alii tamen plerique exinde generaliter inferunt. Quo de Chassanæus. *d. P.* 10. *Consid.* 26. Menoch. *Arb. Casu* 68. *n.* 43. *et seqq.* Jannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 833. *et n.* 872. Wesenb. *d. Consil.* 40. *n.* 50. De insignibus inaugurationis doctoralis, eorumque significatione pluribus Chassan. *d. P.*

literarum et liberalium artium professores, doctores legum, omnes ita, si a principe aut iis penes quos eligendi jus est, publi e probati in numeros constitutorum relati sint. *L.* 1. *L.* 2. *L. medicos, L. ult. C. de prof. et med. lib.* 10. His quidem, ut apparet, immunitas data propter doctrinam ac præstantiam artis, et merita in Remp. ut vel præstantiæ hujus solius habita ratione videri possint egregii, quasi virtutis præstantia supra alios eminentes, ac velut extra gregem aliorum positi. Sed quoniam virtus sola non facit, quominus qui hac inter cives aliis excellunt, pari et communi jure cum aliis utantur; non prius isti ad hoc nomen vere et jure perveniunt, quam ob virtutem et salutarem Reip. operam extra communem aliorum sortem jure sint constituti: quod fit immunitate illis concessa. Ita præstantia artis et operæ in Rempublicam collatæ immunitati caussam dedit: immunitas publice illis tributa vel facit, vel certe nunc primum declarat esse egregios, qui sine hac intra communem aliorum sortem jure constitissent. Hæc de caussa de his etiam constitutum, quod nomini huic et titulo conveniat: nempe id de quo agimus, ut ne hi ad judicium deducantur inviti, idest, ne venire cogantur, *d. L. medicos, C. de prof. et med.* Claritas superiore potestate, itemque professione earum rerum, quas diximus, atque immunitate paratur ea, non solum quæ tribuatur suprascriptis personis, quamdiu munere suo funguntur; sed etiam his ipsis potestate et professione publica honeste functis: neque his tantum, sed et horum et vivorum et mortuorum uxoribus ac filiis. Ut puta: fuit aliquis olim Romæ consul aut prætor. Quod illi honoris et claritatis deferretur consoli et prætori extra ea quæ sunt jurisdictionis, placuit deferri (14) consulari et prætorio postea facto, idest, consulatu et prætura functo, sed et uxori, (15) atque liberis. *L.* 1. *C. de dignit. lib.* 12. *L. feminæ, supr. de senat.* Eademque immunitas doctoribus, professoribusque superioribus tributa etiam post missionem honestam, nec non conjugibus, eorumque liberis. *d. L. medicos, L. ult. C. de prof. et med* Et quod missionem consecutis idem tribui dicimus, hoc ipsum est quod legimus in *d. L. medicos*, non solum medicos et maxime archiatros juberi esse immunes, sed etiam ex archiatris. Uno enim verbo dicuntur ex archiatris ii, qui archiatri munere functi sunt: eadem forma qua posterioribus Imperatoribus (16) exquæstor, seu ex quæstore, exconsul seu ex consule dicuntur qui quæsturam aut consulatum gesserunt, in *Proem. Inst.* §. *cumque. L. unica*, §. 1. *C. de no. Cod. fa. L. unica*, §. *ad istum*, *C. de Just. Cod. conf.* Hæc res facit, ut sicut parentes in munere: sic et ipsi finito eo inter egregios habeantur, eademque claritas pertineat ad liberos, ut neque hi neque illi vocati ad judicium venire cogantur. *d. L. medicos*; *C. de prof. et med.* Ex his potest intelligi, quid sentiendum sit de (17) nobilibus nostræ ætatis, quos ita vocamus: nam et de his quæ-

10. *Consid.* 36. Gomez. *in L. Tauri* 83. *et ult. n.* 16. Pacia. 2. *de Probat.* 41. *n.* 129.

(14) Et Advocatus deposito officio, per *L.* 1. *C. de Advoc.* 2. Gu. Pap. *Decis.* 389. *n.* 1. Tiraq *Tr. Cessante caussa P.* 1. *Limit.* 15. *n.* 8. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 25.

(15) Quod de filiis Senatorum Curiæ in specie tradit Tiraq. *de Nobilit. C.* 6. *n.* 21. Quid si ante dignitatem edicti? Non interesse dicitur, *L.* 15. *D. de Senator.* Convenit *L.* 2. §. 2. *de Decurion L.* 9. §. 4. *de pæn.* Unde. Briss. de *Jure connub. pag* 557. Accedens ait et superveniens patri dignitas in liberos quoque antea procreatos transfunditur. Etsi contradicere videatur *L.* 11. *C. de dignit.* de quo vid. *et* Duaren. 2. *Disp.* 29. Curt. 2. *Conject.* ad Viv. 20. Tiraq. *de Nobil. Cap.* 15. *n.* 7. *et* 2. *seqq.* Hott. illustr. *Q.* 2. Pac. 2. Enant. *Q.* 39.

(16) Vid. Ant. Aug. 3. *Emend.* 3. *p.* 135. ubi plura similia recenset, atque hos a Græcis vocari ἀπὸ ὑπάτων καὶ ἀπὸ κυαιστόρων ostendit. Sic. Turneb. *in* 1. Cicer. *de LL. fol.* 124. docet, quod differt Proconsul. qui consulatum gesserat, et ex consulatu Provinciam obtinebat et Proconsul. qui loco Consulis, licet privatus esset.

(17) Tiraq. *de Nobil. C.* 20. *n.* 46. *et seqq.* Menoch. *Arb. C.* 70. *n.* 11. Quod generaliter et in simplici Nobile non obtinere in eoque multos decipi scribit Caroc. *de Jurament. decis. Q.* 15. *quæstionis* 13. *principalis n.* 21. Et in immediate solum subjectis imperio admittit, non in aliis, nisi in dignitate, ut officio publico constituti, Rulant. *P.* 2. *Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 11. *et* 12. Confer. Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 6. *n.* 130. *et seqq.* Plane etsi non male P. Greg. 4. *de Repub.* 2. *n.* 1. Nubilitatem generis absente virtute, opinione, non re ipsa, in imagine non veritate consistere, et malos a Nobilibus ortos γύναιτε dici posse: non Nobiles. Sicuti et Cornel. Fronto. Generosum, qui Græc. γύναῖος a Nobili distinguit, vid. Danæ. 2. *Polit Christ.* 6. Georg. Cigler. *de incertitud. rer. hum. C.* 8. Rittershuf. *Com. ad* Salvian. *Lib.* 3. *de Gubern. Dei p.* 102. *et seqq.* Sarmient. 1. *Select. Interpret.* 15. *n.* 6. Jannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 834. *et seqq.* Et Turcæ in iis, quos muneribus et honoribus præficiunt, nullam Natalium rationem ducant, vid. Busbeq.

situm est, num et ipsi hoc ipso quod tales sunt, inter egregias personas sint habendi, quamvis nihil unquam præclari aut egregii gesserint. Et probandum est in hoc numero esse habendos, sive ipsi aliquem dignitatis gradum apud principem aut in exercitu obtinent, sive imperium jurisdictionemve habent in subditos, sive his rebus destituti ab his parentibus oriundi sunt, qui ista aliquando obtinuerunt: quoniam liberi claritatem generis retinent. *d. L.* 1. *C. de dig. lib.* 12.

7 Postquam sunt, qui † venire non possint, aut eum possint, non cogantur; quid fiet, si nihilominus eos litigator præsens jurare velit? faciendum est, quod traditur in *d. L. ad personas*, hic, *ad eos domum mitti oportet ad jurandum*. Quibus verbis breviter dubitationibus bis tribus occursum est. Quæreret enim primum aliquis, quia constitutum est præsente judice jurandum esse, *L. generaliter*, §. 1. *C. eod.* et hi venire ad judicem non coguntur, an propterea nec jurare cogendi sint. Et monemur his verbis, non eo minus jurare cogendos: et merito. Dum enim domi jurabunt, nihil fiet adversus beneficium juris, quod illos domo evocari prohibet: quoniam et sic jurantes domi manebunt Ratio *L. quid enim, supr. de jud.* Quo recepto succedent deinde hæ quoque dubitationes de præsentia judicis. Si hi domi jurare cogendi sunt: utrum præsente judice id faciendum est, ut cogatur judex ad eos ire, quo jurantes audiat, ne fiat contra jus, quod præsentiam judicis exigit; an hic et absente judice jurari potest? Quod si absente, an ne hoc quidem exigimus, ut quisquam hic intersit, qui vicem judicis suppleat; an vero ut intersit, quo satisfiat? utrumque hoc uno verbo decisum est, eum dicitur, ad eos (18) *mitti oportere*. Sic enim intelligimus judicem ipsum ad eos venire non debere, quod esset indignum propter honorem et dignitatem judicis. *L. jubemus*, §. *ult. C. de epis. et cler.* et in jurejurando audiendo re non ita difficili non necessarium: sed tamen ne omnino videatur recedi ab eo jure, quo exigitur præsentia judicis, a judice mitti debere eum, qui partibus ejus fungatur, idest, qui jusjurandum absentis,

Epist. 1. *p.* 31. *et* 38. *et* 76. *etc.* Attamen ut Bapt. Mantuan.

In sobolem transire patris cum semine virtus
Sæpe solet, refertque satus quo quisque parente est.
Adde quod auditæ laudes et clara Parentum
Facta movent animos, generosaque corda nepotum
Sollicitant, et calcar habent, abiguntque veternum.

Hinc quondam Majorum imagines in atriis habebantur, ut earum aspectu vehementissime animus ad virtutem incenderetur. Qua de re scite ex sententiis veterum Jo. Savaro *Comm. ad* Sidon. Apollinar. *Lib.* 1. *Epistola* 6. ad illa verba: *Senatorii seminis homo, qui quotidie trabeatis proavorum imaginibus ingeritur.* Ubi et de honoribus recordatione parentum delatis. Natalibus vero plus deferri quam virtuti, doctrinæ, meritis ægre ferendum. Vid. Busbeq. *d. loc. pag.* 76. Chassanæ, *Catal. gloriæ mundi P.* 8. *Confid.* 28 In Anglia Nobiles censeri, qui vel hodie de plebe educti ad dignitates, refert Alb. Gentil. 4. *de Nupt.* 13. *p.* 459. Apud Venetos autem omnes eos, qui a primis urbis conditoribus orti, iisque aditum esse ad Rempublicam capessendam, non aliis, Machiavel. *Lib.* 1. *Discu. de Rep. Cap.* 6. Sed et *in L. ult.* §. *ult.* de *Senator.* habetur solos in senatu sententiam dicere, qui a Patriciis et Consulibus descendunt. Quam tamen Triboniani adjectionem esse sumptam ex *Novel.* 62. plerique probabiliter putant, Cujac. *in Nov.* 62. Balduin. *in not. ad d. L. ult.* Duar. *ad tit. D. de Senat. C.* 1. *cir. fin.* Joan. Savaro *in comm. ad* Sidon. *Lib.* 3. *Epist.* 6. Gilb. Reg. 2. *Enant.* 2. Vult. *ad L.* 1. *Cod. Ubi Senat. n.* 12. Leunclav. *Lib.* 2. *Notator. Cap.* 5. Licet Alb. Gentil. *Disp. ad* 1. *Machæor C.* 6. mundiorem esse orationem, quam ut Triboniano tribuatur. Hispani Nobiles Hidalgos vocant, voce a Latina deflexa, quasi Italicos, traductione ab iis, quibus jus Italicum, Sarmient. 1. *Select. Interpr.* 15. *n.* 1. Itali et Galli Gentiles; quia barbari, antea gentes dicti in devictis Provinciis meliori quam Romani jure utebantur, *ita* Marc. Velser. *Lib.* 8. *Rerum Augustanar. fol.* 163. Sed aliter Tiraq. *de Nobil. C.* 2. *n.* 53.

(18) Recte Diss. Rævard. 4. *Var.* 19. per locum Taciti 2. *Annal.* ubi ad Urgulaniam Vestalem ipse Prætor missus. Sed meminisse debebat exemplo singulari jus generale non constitui. Plane Joan. Maria Riminald. voluit in arbitrio esse judicis, velitne ad has personas mittere, an illas in judicium vocare ad jurandum. Quem refellit Borch. *h. tit. C.* 9. *n.* 15. Num huic beneficio renunciari possit, Vid. Covar. *in C. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *Parte* 2. *Relect. princip. n.* 27. Petr. Barbosa *ad L. alia* 14. *ipsi* 15. § *eleganter.* 1. *sol. matr. n.* 11. *et seq.* Qui affirmat; ac regulam, Inductis ob reverentiam personæ debitam non renunciari, intelligit de ea reverentia, quæ debetur alteri ceu capiti, aut superiori, aut parenti, marito etc. Non posse renunciari generaliter, sed in certa specie litis Beust. *ad L.* 15. *h. tit. n.* 9.

aut relationem vel recusationem audiat et excipiat, eaque referat ad judicem. Quem ergo mittet judex? aliquem ex iis quos in officio suo et ministerio publico habet, ut est in *auth. sed judex, C. de ep. et cler.* sed idoneum et intelligentem, ut est scriba publicus, aut notarius, qui actis excipiendis præpositus est. *C. si qui testium, extr. de testib.* Quæsitum est etiam, cujus sumptibus hic mittetur ad absentem. In quo si quæritur quis in sumptus in eam rem factos damnari debeat: aliena hoc loco quæstio est, et ad sententiam ex delatione jurisjurandi latam rejicienda: ac mihi propositum est de eo dicere postea. Sin hoc quæritur, quis statim sumptus in eam rem facere debeat: quæstio est expedita. Is enim debet, (19) qui defert, quia et hujus postulato mittitur ad absentem, et rem ita decidi, ut postulat, ejus interest. Arg. in *L. si res mobilis, supr. de rei vind. L. ult. C. de sta. et imag.* cujus certiorem rationem si quærimus cum Bartolo (nam et huic idem videtur ad *d. L. ad personas.*) non utemur ea, quam ille reddit, quod quæ favore alicujus introducta sunt, non debent adversus eum converti, ut ei noceant: dici enim potest, quod mittitur aliquis ad absentem, pro absente fieri, non contra eum. Mittitur enim, ut adsit juraturo, qui sibi jurat, non alii: et mittitur ut præsentia sua ratum efficiat jusjurandum, quod alioqui sine judice foret inutile. Proinde rationem non modo nihil ad rem facere; sed etiam recte exigi, ut quod in rem absentis instituitur, id fiat ipsius sumptibus: Arg. *d. L. ult. C. de stat. et ima.* Sed hæc non obscura ratio est, quod superiores isti, de quibus diximus, jure faciunt, quod non veniunt etiam vocati: jure enim eis conceditur, ne veniant: quod autem jure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. de adult.* Nam hæc si ita sunt, efficitur, si quis hic ad eos mittetur, quia non veniunt, nihil eos eo nomine præstare debere: quoniam quidquid quis præstare cogitur ob id quia aliquid non fecit, pœna est. *§. ult. Inst. de legat.* Præterea si quis esset ex his, qui venire coguntur, dixi eum suis sumptibus venire debere. Ergo si quis non cogitur, iter ad illum ipsius sumptibus fieri non debet. Alioqui inutiliter ei tribuetur, ne veniat. Non moveor, quod mitti ad absentem prodest absenti juranti, dum hoc modo jusjurandum ejus ratum fit. Non enim continuo si quid gestum alteri prodest, ejus rei sumptus debet agnoscere is, cui prodest: sed ita si ille velit fieri sua caussa, et totum ad utilitatem ejus pertineat. *d. L. ult. C. de stat. et imag.* In proposito autem absens non petit sibi jusjurandum deferri, aut ad se mitti aliquem jurandi caussa. Sed nec missio sine manifesto ejus damno contingit: eum si absens veniret, hos sumptus vitare potuerit, et nihilominus jurisjurandi commodum consequi. Sic tamen mittet judex ad absentem, si is sit subjectus territorio judicis. † Quod si ex alia provin- 8
cia, alienove territorio erit, faciendum est, quod de eo cavetur in *L. generaliter, §. his de præsentibus, C. eod.* dabit operam judex, ut absens in provincia ubi degit, sub actorum testificatione jusjurandum vel det, vel referat, vel recuset. Ubi acta intelliguntur, acta judicis ejus loci, in quo absens degit, continentia, quid præsente vel auctore eo judice cum absente actum sit de jurejurando: quæ deinde remittantur ad priorem judicem, ut ex his sententiam rei convenientem ferat, ut paulo apertius indicatur in *L. judices, C. de fid. inst.* Itaque his verbis res jubetur committi ei judici, cujus in territorium mittitur, ut is adversus absentem in jurejurando exigendo eadem faciat, quæ faceret judex litis, si absens ejus territorio subjectus esset. Proinde si absens est is, qui conditione personæ evocari possit, sed propter intervallum locorum datur hoc ei, ne extra provinciam suam per longum iter extrahatur: eum judex ejus territorii ad se evocabit, et de jurejurando præsentem audiet. Quod si erit absens ex eorum numero, qui venire non coguntur: mittet judex ad eum, ut ante diximus: et quæ acta erunt, ea excepta et consignata curabit referenda ad suum judicem, idest, eum apud quem judicio de re agi cœpit. *d. L. judices.* Hæc ideo per judicem alterius territorii transigi placuit, quia hoc modo transigitur res rectius, utpote et sine imminutione jurisdictionis alienæ, et minore litigantium sumptu atque incommodo. Quidquid autem horum fiet, cautum est, ut judex qui absenti potestatem facit ibi jurandi, ubi est, faciat etiam deferenti potestatem eo veniendi vel per se, vel per procuratorem, si videtur, ut ad diem constitutum adsit iis, quæ de jurejurando agentur: hactenus tamen, ut placeat ejus facultatis non aliam vim esse, quam ut si adesse

(19) Alii communibus impensis, quia utrju- sque interest caussam decidi, Caroc. *Q.* 5. *Quæstionis* 13. *principalis n.* 23. Alii judicis arbitrio hic multum tribuunt. Vid. Menoch. *Arb. Cap.* 228. Tiraquell. *de Nobil. Cap.* 20. *n.* 50. Guttierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 63. Gilken. *ad L.* 12. *§.* 2. *C. h. t. n.* 5. Beust. *ad L.* 15. *h. t. n.* 45. *et seqq.*

velit, ei satisfiat: si nolit, nihilominus valeat, quod eo absente gestum est. *d. L. generaliter*, §. *his de præsentibus*, *C. eod.* Ac quæ res ad jurandum vocatis necessitatem veniendi remittant, et quid hic adversus absentem sequendum sit, satis dictum est. Illud constat, his rebus detractis ipsam illam veniendi necessitatem manere, quam jure hic statui diximus.

CAP. XV.

Adversus eum qui jurare, aut jurandi caussa ad judicem venire non vult, quæ sit pœna.

SUMMARIA.

1. *Pœna adversus omnem, qui injuste jurare non vult, summa et quæ.*
2. *Pœna adversus non jurantem reum quæ, et cur, ac* L. manifestæ, h. t. *sententia.*
3. *Reum omnem non jurantem edicto coerceri.*
4. *Prætor cogit solvere, non judex.*
5. *Magistratus judex dicitur etiam tunc, cum non judicat.*
6. *Ad quid cogatur reus, qui recusat jurare.*
7. *Cogendi ad solvendum ratio quæ.*
8. *Reum recusantem jurare prius damnandum, et quomodo in eo res transigatur.*
9. *Ab ea damnatione appellare licere, et quatenus, et cui. Expositus*, §. sed, juramento. L. generaliter. C. de reb. cre.
10. *Pœna adversus actorem non jurantem ex sententia edicti, et quæ.*
11. *Appellare et actori eodem modo licere absoluto reo.*
12. *Victum ex caussa jurisjurandi in expensas condemnari debere.*

Sed hactenus utraque illa necessitas et jurandi et ad judicem veniendi, quo apud eum juretur, hucusque tantum progressa est ut intra nudam jussionem juris consisteret, dum scilicet ostendimus, qui jure in ea caussa sint, ut illa facere jubeantur. Frustra, si hic consistitur. Potest enim qui jubetur juri non parere. Quare ad statuendam necessitatem utramque hoc etiam supererat, ut qui jubetur illa facere, cogatur, si recuset, aut certa ne sit impune: quod et edicto factum est. Addita est enim pœna adversus recusantem, in qua hæc cogendi ratio continetur. Hujus enim metu subibit jusjurandum is, quem jure jurare oportet: quod nisi faciet, scire debet impune non futurum; de qua pœna et cogendi ratione reliquum
1 est, ut pro instituto dicatur. ✝ Ne autem hic variæ pœnæ requirantur, una adversus eum, qui præsens non jurat, altera adversus eum, qui vocatus ad jurandum non venit, quoniam de utroque horum separatim diximus: sciendum est in utriusque recusatione unum, atque idem factum versari, ut in eodem facto una (1) quoque et communis pœna utriusque esse debeat. Nam et qui non venit, ut juret præsente judice nihil aliud quam jusjurandum recusare intelligitur. Sive enim nec absens jurat, plane idem facit, quod is qui præsens jurare non vult; sive jurat absens, tamen pro eo haberi debet, ac si non juraret, quia jurat vitiose; quippe non ita, uti oportet, cum præsente judice jurare debuerit. Proinde inutiliter. *L. quoties*, *supr. qui sat. cog.* Ita qui de ejus qui præsens apud judicem jurare non vult, pœna dixerit. de utriusque pœna dixerit. Quamobrem et ad hunc solum, quod satis est, orationem conferemus. Et si summatim breviterque dicendum est, ejus qui sine caussa apud judicem jurare non vult, summa pœna una est, ut pro confesso simul et convicto habeatur, *L. manifeste hic.* Unde quod de debitore in jure confitente scriptum est in *L. si debitori, supr. de jud.* solum huic superesse, ut pecuniam solvat, eique ad eam rem tempus dandum esse idem, quod judicatis: hoc ipsum et adversus recusationem jurisjurandi hoc edicto cautum est, dum hoc edicitur, ut qui recusat, solvere cogatur, *L. jusjurandum et ad*, §. *ait*, *hic.* Sed an per omnia adversus recusantem eadem

(1) Convenit *Nov. Sax.* 12. *P.* 1. *ut not. C. præced. N.* 4.

pœna sit, quæ adversus confessos et convictos dubitari potest, et maxime propter verba edicti, quæ nunc exstant, quibus tantum de reo, eoque ad solvendum cogendo cautum est. Nos statuere debemus eadem omnia adversus eum qui jurare non vult, servari; si minus verbis edicti, at certe sententia, quæ ita accepta est, et confirmata partim auctoritate prudentum, partim constitutionibus. Quod ita facile poterit, intelligi, si partibus hujus pœna propositis, de his distincte agemus, ostendemusque breviter, quid juris sit in singulis. Quod non minus ad explicationem edicti facere non dico conducet, sed etiam omnino necesse est. Pœna adversus eum, qui jurare recusat, constituta partibus triplex est. Consistit enim partim in re principali de qua agitur, partim in sumptibus jurisjurandi interponendi caussa factis. Et rursum quæ in re principali versatur, duplex est. Alia est enim de re principali adversus reum: alia adversus actorem, ut est istarum personarum jus et conditio diversa. In sumptibus litis pœna utriusque communis. Quare si totum hoc jus pœnæ recte explicari volumus, sic videtur fieri posse, si primum de pœna rei in re principali, quando de hac pœna in edicto primum ac solum cautum est; secundo loco de pœna actoris in hac re ipsa; tertio de sumptibus litis quos uterque agnoscere debeat, in commune dicatur: quem et ordinem hic sequemur.

2 Edicti † pœna quæ quidem verbis, quæ nunc habemus, expressa sit, adversus reum ut dixi, dirigitur, eaque dumtaxat in re principali. Sic enim verba sunt, ut qui jurare non vult, nec jusjurandum referre, hunc prætor edicat se solvere coacturum. *d. L. jusjurandum, et ad §. ait, hic.* Non solvit quisquam, nisi qui debet: nec solutio est, nisi ejus quod debetur. *Inst. quib. mo. tol. obl.* In hujus partis explicatione hoc primum occurrit, ut quoniam ita jus edicto cautum esse constat, quæratur, quamobrem: et num videatur potius non debuisse ita caveri, quasi cautum contra formam juris optime in jurisdictione constitutum. Sic enim jus est adversus negantes reos, non oportere hos statim vi terreri; sed primum convinci, tum convictos damnari, sic deinde remediis juris urgeri debere ad solutionem. *L. negantes, C. de obl. et act.* At qui recusat jurare, idem et se debere negat. Poterat responderi, pœnam hic constitui injustæ recusationi. Sed semper hic quoque quæretur quam recte: cum semper verum sit hunc eundem negare: nec jus patiatur negantem aliter quam convictum damnari, et cogi solvere. Paulus ergo aliter. Non enim dubium est, quin ad reddendam superioris edicti rationem pertineat hæc illius definitio; *manifestæ turpitudinis esse et confessionis nolle nec jurare, nec jusjurandum referre. L. manifestæ, hic.* Interrogati enim quare cogatur edicto solvere, qui jurare non vult, aptissime superius illud respondebimus. Id vero rem expedit. Vult enim intelligi Paulus (2) his verbis, ne hic quidem debuisse negantem et non convictum reum ad solvendum cogi, siquidem negaret, et non convinceretur. At ne in proposito metuamus, ne quid contra fiat, utrumque hic evenire, ut qui jurare non vult, nec jusjurandum referre, is et turpiter convinci, et ultro de intentione adversarii confiteri intelligatur: ita etiam superiori juri atque æquitati consequens fuisse, ut hic quoque, qui jurare recusaret, solvere cogeretur; quod et edicto cautum est. Sed quæ ista confessio est in eo, qui jurare non vult, cum is maxime verbis neget se debere: aut quæ in hac recusatione turpitudo inesse intelligitur potius, quam in debiti inficiatione, cum unicuique liberum sit, quæ ab alteo conditio offertur, eam sine turpitudine repudiare? *L. nec emere, C. de jur. del. L. sicut, C. de oblig. et act.* Et sane nulla hic esset recusantis, aut negantis rei turpitudo, nisi is prius confessus esset se debere, quod post illam confessionem nunc se habere turpiter negat. Ita merito prius de confessione ejus quæri oportet. Ideo autem qui jurare sine caussa recusat, hoc ipso intelligitur de debito confiteri, quia nulla illi caussa probabilis esse potest jurisjurandi recusandi, nisi quia pejurium metuit, si juret: et ideo metuit, quia sibi conscius est se debere. Nam si se non debere sciret, et jusjurandum nollet referre, juraret ipse sine dubio; cum id salva pietate faceret, et hoc consequeretur commodi, ut sine ulla molestia statim absolveretur; quod commodum nemo unquam nisi supinus reiiciat. *L. cum de indebito, infr. de prob.* Hac confessione admissa, quæ est in recusatione jurisjurandi, sequitur tur-

(2) Convenit Duar. *in Comm. Prior. h. t. C.* 2. Ut moleste facit, qui adversarium caussæ Judicem constituit, ita impudens judicandus, qui talem conditionem sibi oblatam recusat. Nec aliena illa Aristotelis 1. *Reth. ult. sub fin.* ex Xenophane. Grave et absurdum esse nolle eum jurare de quibus alios dignum judicet jurare et juratos judicare.

pitudo, non quæ insit in hac ipsa recusatione conditionis oblatæ, quæ per se sine turpitudine, ut et cætera oblata negligi potuit: sed in infleiatione debiti, quæ illam confessionem sequitur. Qui enim prius confessus erat, aut certe qui pro manifeste confitente ante habitus est, perseverat adhuc negare se debere, et contendere vult, ac molestiam probandi adversario creare, cum jurejurando interposito potuisset res statim esse confecta. Hoc vero turpiter facere intelligitur, mentiendo se id debere, quod debere sua ipsius recusatione et confessione aperte arguatur. Summa hæc est: non dubia juris et æquitatis ratione hoc edicto fieri, ut qui jurare aut jusjurandum referre non vult, solvere cogatur: quia si quis in jure confessus esset, aut in judicio convictus, hoc ipsum certo et constituto jure facere cogeretur. *L. 1. infr. de conf. L. si a debitori, supr. de jud. L. negantes, C. de obl. et act.* Utcumque autem inest in eo, qui apud prætorem judicemve jurare non vult, nec jusjurandum referre.

Hoc jure constituto, videndum est qualis sit hæc coactio, quam edictum pollicetur, et quid contineat. Et in ea hæc spectanda sunt: persona quæ cogitur: is qui cogit: res ad quam ille cogitur; cogendi ratio:
3 tum cogendi tempus. † Qui cogitur, est is quidem a quo jusjurandum petitur, ut sunt prima verba edicti; sed non omnis, verum reus, qui debere dicitur: exigitur enim statim ab eo, ut solvat: quod, ut ante dixi, nisi in debitorem non cadit: cum non sit solutio nisi ejus quod debetur. Sed animadverso consilio prætoris, et superiore edicti ratione, facile est intelligere sub persona ejus, qui debuit prætorem de omni reo sentire, a quo aliquid petitur, etsi in rem cum eo agetur, non quia debeat, sed quia rem possideat. *§. 1. Inst. de act.* Non enim caussa dici potest, cur debitorem cogat prætor præstare, quod ab eo petitur; non cogat autem possessorem, cum quo majore et certiore ex caussa agitur. Sed et reum cogit solvere, quia recusantem jurare pro confesso et convicto habet. Statuatur ergo idem et adversus possessorem; adversus quem confessum aut judicio convictum eadem, quæ adversus debitorem, statuerentur. Itaque his verbis: *eum a quo jusjurandum petetur, solvere cogam*, intelligamus prætorem hoc edicere generaliter, se eum cum quo agetur, quacunque actione agetur, id quod petitur, præstare coacturum, ut fieret, si convictus sententia judicis condemnaretur.

Quis autem hic coget? nam de eo scri-
ptum videtur dissimiliter. † Ex edicto co- 4
git prætor, idest, magistratus seu is qui jurisdictioni præest, apud quem de ea re jure agi cœperat. Prætor est enim, qui de se loquitur, et edicit se solvere coacturum. *d. L. jusjurandum et ad. §. ait prætor. hic.* At in *L. delata, C. eod.* scriptum est, reum in hac caussa necesse habere solvere per judicem. Quæ videri possunt contraria: cum alius sit prætor, alius judex; aliud officium prætoris, aliud judicis. Alioqui non recte distinguerentur stipulationes prætoriæ a judicialibus: quas tamen ut species contrarias distingui constat. *L. 5. infr. de ver. obl.* Et ad concilianda hæc diu mihi verum esse visum est, quod Duarenus scripsit in commentario ad hunc titulum. *Cap.* 3. recte nimirum dici utrumque. Nam et per prætorem reum cogi posse, et per judicem: sed varie ac diversis temporibus, prout apud hunc aut illum jusjurandum postulabitur. Per prætorem, cum ante litem contestatam jusjurandum exigitur apud eum, ad quem judicio experiundi caussa ventum erat; nam tum quidem judex dici non potest, cum lite contestata judicium esse incipiat. *L. 1. C. de jud.* juncta *L. lite. infr. de usur.* Per judicem autem, cum lite contestata, ac tum scilicet judicio et judice constituto, postulabitur jusjurandum apud ejus litis judicem. Sed re mecum paulo diligentius expensa, reperio (3) vix esse, ut hoc posterius defendi possit. Illud quidem vere dicitur, post litem demum contestatam incipere judicium et judicem constitui, et si idem lite contestata cognitionem retineat, qui in jure aditus fuerat experiundi caussa, incipere eum judicem fieri, qui ante litem contestatam erat prætor aut magistratus, distinctis plane officiis, ut docui ad *L. 5. infr. de verb. obl.* Sed non si apud hunc jusjurandum petitur, ideo per hunc reus qui non jurat, cogitur solvere, de

(3) Atqui ipse noster ad *L. 9. C. h. t. n. 24. ac seq.* Duareni expositionem comprobat ita: Prætorem aliter cogere, si apud ipsum in jure delatum est, actionem denegando, vel compellendo ut solvat, remediis prætoriis. Aliter judicem, si judicio constituto jurari debuit, condemnando vel absolvendo. Ante enim hanc sententiam ad exsecutionem venire nequit. Attamen licet salvari ita ea posset interpretatio verb. *per judicem*, *d. L. 9.* non quod judex datu exsequatur, sed quia is sua sententia efficit, ut exsecutioni locus fiat; commodius tamen Donellus.

quo nunc quæritur. Quin ita vere generaliter definiemus: utcunque postuletur jusjurandum lite contestata: non alius tamen cogit reum solvere, quam magistratus: solus judex, seu judex ut judex, nunquam. Quæ enim hic partes sunt judicis adversus recusantem? non aliæ, quam ut judicet. *L. de qua re, supr. de jud.* Quod in eo positum est ut quoniam in hac caussa reum absolvere non debet, eum condemnet, ita solvat. *L. 1. infr. de re jud.* Hoc vero non est cogere. Potest enim reus qui condemnatus est, non parere judicatis. Quod si faciat, restat adhuc, ut sententia mandetur exsecutioni, et quod sponte non facit, id pignoribus captis facere cogatur. At hæc exsequutio solius est magistratus, non judicis. Argumento est quod si judex a magistratu datus sententiam dixerit, non ipse sententiam suam exsequitur, sed magistratus, qui eam dedit. *L. a Divo.* §. 1. *infr. de re jud.* Aut ergo magistratus ipse judex fuit, et sententiam dixit: et hic sine dubio sententiam suam exsequetur magistratus. Aut ab eo magistratu, ad quem in jus aditum erat, judex datus est, qui et judicavit: et ne hic quidem alius cogere potest ad parendum, quam magistratus, qui eum dedit. Ita fit, ut prout ante litem contestatam jusjurandum postulabitur, aut postea, recte dici possit jusjurandum postulari alias apud prætorem alias apud judicem; sed cum ad cogendum recusantem reum ventum fuerit, semper cogendi partes sint prætoris seu magistratus, cujus exsequutio est, non judicis; ut non abs re nec otiose, sed ἐμφατικῶς nominatim de se edicat prætor, se eum qui jurare non vult, solvere coacturum, quo hanc cogendi potestatem solius prætoris et
5 magistratus esse intelligeremus. † Cur ergo dicitur alibi cogi reus solvere per judicem? non sane quia cogatur per judicem, ut judicem seu partibus judicis fungentem; sed quia in usu veterum primis etiam temporibus qui juri dicundo præerant, iidem judices dicebantur; qui usus multo magis postea apud juris nostri auctores invaluit. Ut prope nihil frequentius occurrat in libris nostris quam judicis verbum in hac significatione, etiam tunc cum judicis officio non fungitur; de quo alias. Nunc ex innumeris locis paucos indicabo. *L. 1. supr. de jud. L. cum proponas, C. de bon. auct. jud. poss. L. qui restituere. supr. de rei vindic. L. ult.* §. *pen. et ult. sup. quod metus caus.* Scilicet quia qui jurisdictioni præsunt, etsi non judicant semper, præcipue tamen huic muneri præpositi sunt, ut judicent; quod et ipsi facere intelliguntur, sive per se judicent, sive per judices a se datos; nec tunc solum cum judicant, sed etiam cum quod ipsi judicarunt, aut judices ab his dati, ipsi ratum esse jubent reum cogendo et sententiam exsequendo. Sed præcipue in hac recusatione magistratus, qui reum cogit, judex non male dici potest, quia sine caussæ cognitione et velut judicio ad eam compulsionem non pervenitur. Nam et ante litem contestatam prætor, priusquam ob recusatum jusjurandum cogat reum solvere, cognoscere debet, jurisjurandi recusandi justa caussa sit, an nulla: ut non ante eum cogat jurare aut solvere, quam si recusandi caussa justa nulla sit. Idem et maxime post litem contestatam facere judex debet: cujus sententia dum postea exsequetur magistratus, ipse quodammodo in sententia judicis exsequenda, quam probat, judicis personam induere videtur: ut utrobique videatur cogere is, qui idem et magistratus sit et judex.

Quam ad rem † cogatur hoc edicto reus 6
qui jurare non vult, jam ante dictum est, et ex vi relatorum, atque edicti sententia facile intelligitur. Ait prætor, *solvere cogam.* Non solvitur, nisi quod debetur, aut certe pro debito habetur, ut in hac caussa: nec solvitur nisi ei qui ut debitum petit, cuique petenti deberi in hac recusatione jurisjurandi existimatur. Hoc ipsum ergo est, ad quod reus cogitur ex edicto, ut quod tanquam ab eo debitum petitur, id solvat. Et quoniam edictum patet latius, debetque referri ad omnem reum ex sententia prætoris, ut diximus: fit ut ex mente prætoris omnis præstatio ejus quod petitur quavis actione, contineri solutionis verbo, et ad hujus rei præstationem reus cogi in-
telligatur. † Cogendi ratio ea, quæ præscri- 7
bitur in *L. negantes, C. de obl. et act.* non ut vi armata terreatur, qui recusat jurare, sed ut remediis juris urgeatur ad solutionem. Dictum quidem hoc est eo loco adversus eos, qui convicti sunt. Sed vel ob hanc ipsam caussam maxime ad eos qui sine justa caussa jurare nolunt, pertinet. Sunt enim et hi pro judicatis: quippe quos effectum est haberi pro confessis. *d. L. manifestæ. hic.* Confessi autem in jure pro judicatis habentur. Remedia porro juris ad cogendos judicatos et confessos quæ sint, notum est. Ea sunt, ut jubente magistratu pignora capiantur, ac distrahantur, unde actori satisfiat. *L. 1. L. 2. L. ult. de exs. rei jud.* Eadem ergo et hic exsequutio, ac cogendi ratio intelligenda est. Cum autem hujus exseqnutionis potestas tota sit prætoris, ejusve, qui jurisdictionem habeat etiam

post rem judicatam: merito omnem hanc rem ad solvendam cogendi potestatem solius
8 prætoris esse antea diximus. † Superest, videamus de tempore cogendi. In quo diligenti cautione est opus. Sic enim edictum scriptum est, quasi is qui jurare non vult, statim solvere cogendus sit: cum ei, a quo jusjurandum petitur, conditio deferatur, ut aut juret vel jusjurandum referat, aut solvat; ei autem qui priora duo non facit, nihil relinquatur, nisi ut solvere cogatur. Sed hoc non sic accipiendum est; quin potius sic habendum: (4) sive ante litem contestatam quis recuset jurare apud magistratum, sive lite contestata apud judicem: semper qui recusat, prius esse damnandum, jubendumque ut solvat, et damnato tempus judicati dandum ad solvendum. Semper enim meminisse debemus quodcunque hoc edicto statuatur remedium adversus eum, qui recusat jusjurandum: summum tamen hoc esse, ut habeatur pro confitente et convicto, unde et ex edicto solvere cogatur. *L. manifestæ, h. t.* Quo fit, ut non aliud adversus eum ob recusationem juri jurandi servari debeat, quam adversus confessum et convictum ob manifestam confessionem. Confessus autem in jure, sive ante, sive post litis contestationem confessus erit, damnandus est. *L.* 3. *L. qui Stichum, infr. de conf.* Damnandus igitur prius et is, qui jusjurandum recusavit. Atque in eo res ita transigetur. Ante litem contestatam, quo tempore res apud prætorem seu magistratum nullo adhuc judicio constituto agitur, si reus jurare nolit, damnandus est a prætore, seu jubendus, ut solvat, et dies dandus ad solvendum, qui post condemnationem reis indulgetur. Sic enim fieri debere traditum est, si debitor in jus vocatus nondum lite contestata apud prætorem fateatur se debere, paratumque se dicat solvere. *L. si debitori, supr. de jud.* tametsi alibi simpliciter ita cautum est, confessos in jure pro judicatis haberi. Lite autem contestata si recusetur jusjurandum apud judicem, sententia a judice adversus recusantem ferenda est, qua is damnetur, idque ordo judiciorum et officium judicis exigit. Est enim officium judicis post judicium acceptum, ut quibus de rebus judex factus est, de his re cognita judicet. *L. de qua re, C. de jud. L. ædiles, §. item sciendum. infr. de æd. ed.* idque in eo est, ut ante dixi, ut reum absolvat, aut condemnet. *L.* 1. *infr. de re jud.* Et quoniam recusantem reum in hac caussa absolvere non potest, quippe qui cogendus sit solvere: restat, ut eum sententia sua condemnet. Servaretur hoc adversus convictum reum, *d. L. negantes, C. de obl. et act.* servaretur, ut dixi, et adversus confessum. *d. L. qui Stichum, infr. de conf.* Servandum igitur et adversus eum, qui jurare nolens pro convicto et confitente habetur.

Nisi prius hæc observata sint, et nisi damnatio ista antecedit, reus qui recusat jurare, ad solvendum cogi non debet: duabus de caussis. Primum, quod is ita pro convicto et confesso est, ut tamen deteriore conditione esse non debeat, quam si aperte convictus aut aperte confessus esset. Deinde quod aliud in hac re sine injuria rei statui non potest. Quid enim, si (5) justam caussam habeat jurisjurandi recusandi, et prætor aut judex injuria eam non admittat: nonne æquum est ei potestatem fieri appellandi, ut de ea recusatione apud alium judicem disceptetur, eique jus suum integrum servetur? † Et vero appellandi potestas nominatim ei 9
facta est lege Justiniani. *L. generaliter, §. sed juramento, vers. ipse autem, C. eod.* Non potest autem appellatio interponi, nisi præcedat damnatio, aut sententia, a qua appelletur. Proinde et hanc in hac caussa præcedere oportet. Sed hujusmodi sententia et damnatione admissa, a qua appellare liceat, ubi est ea necessitas solvendi quæ edicto constituitur, cum appellatione sententia et simul necessitas solvendi velut rescindatur? *L.* 1. *§. ult. infr. ad Turp.* Et de vi sententiæ superioris, tum appellationis istius comprehensum est in *d. L. generaliter, §. sed juramento vers. sin autem, et deinceps, C. eod.* atque ita cautum, ut declaretur, nihil utramque rem de necessitate solvendi, quam prætor constituit, imminuere, et minuit, argum. *L. ejus qui* 29. *pr. de jur. fisc.* in ipso vero jurante non item, tum ob verbum *est* præsentis temporis, *d. L.* 38. tum ob ejusdem verba geminata *manifestæ turpitudinis et confessionis.*

(4) Ita DD. vulgo, ut recusans habeatur pro confesso, *d. L.* 38. requiri sententiam judicis declaratoriam, Lancellot. Conrad. *de Offic. Præt. in causs. civil. V. Juramentum n.* 7. Stiat. *Observ Pract. C.* 20. *n.* 44. Et faciunt quæ in simili, Gail 1. *Obs.* 86. *n.* 1. Ant. del Re *de Juram. cal. Cap.* 14. *n.* 24. *et seqq.* Diss. Caroc. *Q. principali* 45. Qui in herede quidem jurantis requiri sententiam sta-

(5) Quod declarantem vide Borch. *h. t. C. ult. n.* 17. *et seqq.* ex quo quædam transcripsit Setser. *Lib.* 4. *Cap.* 9. *n.* 11. *et seqq.* Confer. Myns. 1. *Observ.* 39. *et* 2. *Observ.* 14.

hilominus appellatio ad prohibendam injuriam recte statuatur. Primum, quod necessitati solvendi edicto introductæ conveniens est, vult Justinianus judicem si existimet jusjurandum non debere recusari, sic caussam dirimere, quasi volente eo sacramentum esset recusatum (sic enim loquitur) ideat, quasi ipse prius voluisset et detulisset adversario jusjurandum, quod ab eo relatum nunc recusaret. Quo significatur, si is qui recusat, reus sit, debere eum condemnari ut solvat. Sic enim fieret, si referente actore reus jurare nollet. *L. jusjurandum et ad pecunias*, §. *ult. hic*. Deinde adversus hanc sententiam Justinianus appellationem concedit, non tamen adversus edictum, sed maxime ex edicto, quia edictum non cogit jurare aut solvere eum, qui justa de caussa recuset jusjurandum: et fieri potest, ut hic qui recusat, justam aliquam ejusmodi caussam habeat. Hoc ergo ille secutus, hactenus concedit appellare, ut in caussa appellationis non hoc quæratur, an reus debeat, qui pro debitore habetur, si jurare non recte recusat; sed an recusandi caussam habeat, an non habeat: ut si comperiatur habuisse, sententia ob hanc caussam infirmetur, et perinde habeatur, quasi jusjurandum ei delatum non esset: si non habuisse: confirmetur prior sententia, ac juxta edictum reus solvere necesse habeat. Sic et alias ei, qui dum abesset per contumaciam, condemnatus est, permittitur appellare; non tamen ut rescindatur sententia, quam adversus contumaciam latam esse constabit; sed ut hoc quæratur, an absens contumax fuerit, necne, dum se negabit per contumaciam abfuisse. *L. et post*, §. *ult. L. si prætor, supr. de jud.* Atque hæc ita ille fieri vult in hac caussa, ut nolint interea reliquæ caussæ cursum et cognitionem inhiberi. Idemque apertius cavet in §. *his de præsentibus, ea L.* Cum autem supra scriptæ caussæ recusandi jurisjurandi solum propositæ sint ei, cui jusjurandum defertur, non ei qui defert, et ob eas tantum caussas liceat a superiore sententia appellare: merito Justinianus ibidem eam appellationem ei, qui ob recusationem jurisjurandi damnatus est, concedit; ei autem qui detulit, denegat: quanquam et huic denegandi in universum optima hæc ratio est, quam et illic adjicit, quod indignum sit quemquam appellatione infirmare velle, quod ipse, ut fieret, procuravit.

10 †. Hactenus de reo jusjurandum recusante cautum est edicto. De actore nihil scriptum legimus neque in *L. jusjurandum et ad*, §. *ult*, ubi tamen refertur edictum ad hanc necessitatem pertinens, neque in *L. delata. C. eod.* ubi de eadem necessitate constituitur ex hoc edicto. An quod nulla hunc cogendi ratio est, nulla adversus eum pœna, si delatum a reo jusjurandum sine caussa recusabit? Sed absurdum esset actori consuli adversus recusantem reum: reo autem adversus actorem recusantem auxilium deesse: cum promiores esse debeamus ad liberandum. *L. Arrianus. infr. de obl. et act.* Qui fit ergo, ut de eo nihil caveatur? Et fieri potest, ut edicto cautum sit, neque exstet fragmentum. Sed ut maxime nihil nominatim de eo cautum sit, ideo factum existimare debemus, quia pœna superiore adversus reum constituta, non fuit necesse: quippe cum ex ea simul de actore facile ac prope sine ullo monitore intelligeretur. Sic enim recte statim colligitur: adversus reum, qui sine caussa recusat jurare, ultro actio est hoc edicto, per quam solvere cogitur; quanto magis adversus actorem, qui jurare nolet, parata esse deferenti reo defensio? *d. L. Arrianus. L. favorabiliores. infr. de reg. jur.* Sed et ratione edicti intellecta, non potuit quid prætor de actore sentiret, esse obscurum. Habet enim edictum, ut dixi, hanc rationem, quod, ut Paulus definit, *manifestæ turpitudinis est et confessionis nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* Hæc ratio generalis est, nec magis ad reum quam ad actorem pertinet: nam et actor delato sibi jurejurando potest velle non jurare, nec referre jusjurandum. Fingamus ergo id eum facere. Habebit hæc recusatio ex superiore definitione eandem turpitudinem et confessionem: nempe hanc, ut quemadmodum reus, dum sine caussa jurare non vult, hoc ipso fatetur se debere ac dum pergit verbis id negare, deinceps mentiri intelligitur, idque eo turpius, quia adversus confessionem suam: sic et actor dum jurare non vult, hoc ipso fateri intelligatur de falso intendere sibi deberi, et quia pergit nihilominus ita petere, ideo existimetur et mentiri, et mentiri eo turpius, quia confessione sua, quæ jam ante præsumpta est, refellatur. Quæ ergo adversus hunc pœna est? neque enim adversus eum eadem esse potest, quæ adversus reum ut solvere cogatur: nam quid solvat is, non solum quem constat nihil debere, sed etiam a quo ne petitur quidem, cum sit is qui petat? Pœna erit, quam eadem illa definitio superior ostendit: facit enim definitio, ut et actor, qui jurare non vult pro confesso et convicto habeatur: idest, pro eo, cui sua ipsius confessione nihil debeatur, et cujus non sit, quod petit, etsi utrumque falso intendit. Hinc quæ

sit pœna, quæ proprie in eum conveniat, intelligitur. Scimus enim quid juris sit adversus actorem de intentione sua non probantem: quod multo magis servatur adversus eum, qui a reo convincitur, nullum jus petendi habere. Nempe tum reus absolvitur. *L. qui accusare, C. de ed. L. negantes, C. de obl. et act.* Consequens igitur, ut idem statuatur et adversus eum acturem, qui deferente reo nolet jurare, nec referre jusjurandum, quando et hunc pro convicto habemus, sitque adversus eum hæc pœna, ut reus ab illius petitione absolvatur. Id autem fiet hoc modo varie, prout res ante aut post litem contestatam agetur. Ante litem contestatam si recusat actor jurare apud prætorem, faciet hic prætor, quod est prætoris: denegabit ei actionem. *L. jusjurandum et ad, §. datur, hic,* remedium magistratus ad coercendos actores non in hac tantum caussa, sed etiam in aliis proditum. *L. mutus, §. pœna supr. de proc. L. sed etsi, §. ait, prætor, supr. ex quib. cau. ma.* Lite autem contestata, si reus idem faciat, qui facit, apud judicem; sequetur sententia judicis, qua reus absolvatur. *d. L. jusjurandum, et ad.* Sic enim est officium judicis, ut sententiam dicat, qua reum absolvat, aut
11 damnet. *L. 1. infr. de re jud.* † Sed actore jusjurandum recusante, sive ei magistratus denegabit actionem agere volenti, sive judicio jam cœpto judex reum sententia absolvet; utrumque ita ratum est, ut et actori ab utraque sententia appellare liceat, dum in caussa appellationis hoc solum quæratur, an ille justa recusaverit jurare, necne; non autem an ipsi debeatur, an non debeatur: ut et in reo servandum esse diximus. *L. generaliter, §. sed juramento, vers. sin autem, C. eod.* Illud notandum est, ut ei qui ideo victus est, quia jurare noluit, non alia concedatur appellatio, quam quæ exposita est; nihil interesse, utrum delatum a litigatore jusjurandum recusaverit, an a judice solo delatum in dubiis caussis. Etsi enim alias qui ob hoc posterius ab adversario præstitum victus est, ei licet caussam retractare et appellando, et sine appellatione, novis instrumentis post repertis; *L. admonendi, hic.* non tamen idem concesseris ei, qui ob id victus est, quia jusjurandum etsi a solo judice delatum recusavit. Illi enim nihil potest imputari, quod sit victus: cum eo invito jusjurandum delatum sit, ac præstitum, et inde sententia lata adversus invitum. Huic qui judice deferente jurare recusavit, eoque victus est, semper duo objici possunt, quominus ad appellandum admittitur, culpa ei confessio. Quod recusat jurare, cum potest, et nulla est caussa recusandi, culpa ejus est. Ipsa vero per se recusatio etiam confessionem habet, ut diximus. *d. L. manifestæ, hic.*

Sed et reum cogere, ut solvat, et actori denegare actionem, aut a petitione ejus reum absolvere, quas pœnas eorum qui jusjurandum recusent, huc usque esse diximus: pœnæ fuit ut apparet de eo quod petitur constitutæ idest, de re principali. Quid † fiet de sumptibus, si quos forte pars adversa quæ jusjurandum detulit, dum ad jurandum adversarium provocat, fecerit? Finge actorem deferre absenti reo, et dum evocatur absens ad jurandum, sumptus in iter factos, evocatum autem cum venire deberet, non venire. Finge esse eum, qui venire non cogatur; ideo missum esse longius ad absentem, actorem etiam esse profectum una, vel procuratorem ejus, ut his quæ de jurejurando agerentur, interesset pro ea potestate quæ illi data est in *L. generaliter. §. his de præsentibus. C. eod.* Non fiunt hæc interdum sine magnis sumptibus. Quid ergo, si absens cum ad eum ventum est, nec jurat, nec refert jusjurandum? quis salaria apparitoribus, aut ministris judicis præstita, quis viatica et sumptus in id iter prærogatos præstabit? Idemque licet quærere, si reus præsens actorem absentem, qui per procuratorem litiget, ad jurandum vocet, et eadem, quæ dixi, in hac evocatione fecerit, sic deinde actor non juret. Et cum verbis edicti de re principali tantum cautum sit, nihil de his sumptibus; existimari potest superior pœna de re principali sufficere. Quod non ita est: semper enim illud tenendum est, sententiam hanc esse edicti, ut qui jurare non volt, ubi jus exigit, is pro confesso et convicto haberi debeat. *d. L. manifestæ hic.* Hæc sententia ut non ad reum solum, sed ad actorem: sic non ad rem principalem tantum, sed etiam ad sumptus litis pertinet, facitque, ut et horum ratio habenda sit adversus recusantem: haberetur enim adversus eum, qui vere convictus esset. Idque et in hac caussa faciendum esse nominatim cavetur in *L. generaliter. §. hic de præsentibus, vers. licentia, C. eod.* Denique ut nihil aliud cautum esset: tamen quid hic sequi debeamus, satis nos admonet constitutio juris de hoc genere, qua placet (6) victum victori in expensas quoque esse condemnandum. *L. properandum, §. sin*

(6) Diss. A. Fab. 19. *Err. Prag.* 6. Quia temerarius litigator haberi nequit jusjurando adversarii victus, cum non satis liqueat, an ex defectu justitiæ caussæ, an pejeratione ejus,

autem C. de jud. Effectum est enim, sive reus recuset jurare, sive actor, semper recusantem vinci sententia judicis, ut adversus quem sententia feratur. Quare et hic ex superiore constitutione in expensas litis condemnandus est: eaque jam non unius ex litigatoribus pœna est propria, sed utriusque communis. Etsi ergo is, qui jusjurandum petit, cujus postulatu itur, mittiturque ad absentem, sumptus ad eam rem necessarios facere et prærogare debet rebus integris, ut diximus: tamen si absens evocatus aut non veniet, ubi eum oportebat, aut domi nec jurabit, nec jusjurandum referet, si quidem erit reus: non solum damnandus erit, ut pecuniam solvat, quæ principaliter petitur, sed debebit et in hos sumptus condemnari, etiamsi ante litem contestatam apud magistratum caussa jurisjurandi agetur. Sin actor; præterquam quod ei denegabitur actio de re principali, etiam hæc pœna accedet, ut in has expensas damnetur: multoque magis id tum servabitur, cum lite contestata res agetur apud judicem, in quo judicio vere sequitur sententia adversus non jurantem, eaque sententia recusans vere vincitur. Qua ratione idem probandum est adversus absentem, si is referat jusjurandum, et pars, quæ detulerat, juret præsente judice: nam et tunc adversus absentem pronunciatur, eoque et pariter vincitur. Quod si absens ad jurandum vocatus ita jurabit, ut eum jurare oportebat: idest, si jurabit aut domi, cum venire non cogeretur, aut eum cogeretur, veniet, et in jure jurabit: convertetur ratio adversus deferentem ex supra scripta constitutione, et quos sumptus ad jusjurandum exprimendum fecerit, ipse solus agnoscet, et si quos fecerit adversarius, dum vocatus coactus est venire, illi quoque in hos damnabitur, qui detulit: quia et hic vincitur, sententia pro eo lata, qui juravit. Ita unus est tantum, qui in has expensas condemnetur, nempe qui vincitur, non is secundum quem pronunciatur. Quid est igitur, quod in *d. L. generaliter, §. his de præsentibus, vers. licentia, C. eod.* ita scribitur: *de expensis in his caussis*, quas diximus, *præstandis officio judicis trutinandum esse, an ab utraque parte, an ab altera aportent eas dependi?* Dictum hoc est, non quia si una tantum pars vincitur ob recusatum, aut ab adversario præstitum jusjurandum, possit unquam aut debeat utraque pars, idest, etiam ea, quæ vincit in expensas condemnari; sed quia potest in una et eadem lite accidere, ut utraque pars ob istas caussas vincatur: ut si de diversis capitulis litigatores invicem jusjurandum deferant, et unus in quo capite jusjurandum ei defertur, aut nolit jurare, nec jusjurandum referre, aut jusjurandum ita deferat, ut eo referente adversarius juret: alteri vicissim in eo, in quo illi jusjurandum delatum est, istorum alterutrum contingat. Idem est, si unus solus de diversis capitulis jusjurandum deferat adversario, et is de uno juret, de altero aut non juret omnino, aut eo referente juret is, qui detulerat. Sic enim eveniet, ut in priore capite sententia adversus deferentem debeat ferri: in posteriore pro eo: idest, ut in priore is qui detulerat; in posteriore adversarius vinci debeat. Jubet ergo lex a judice expendi, utrum ob recusatum, aut ab adversario præstitum jusjurandum una pars debeat vinci, an utraque; in diversis capitulis tamen utraque: ut si una tantum vincitur, sola ea damnetur in expensis; sin utraque: etiam utraque in expensas damnetur; singulæ tamen in eas expensas, quæ in id capitulum factæ sunt, in quo unaquæque vincitur. In quo an expensarum contributio invicem fieri debeat, etiam judex æstimabit. Atque hoc est, quod vult constitutio de his expensis officio judicis perpendi.

cui detulit, succubuerit. Et debet victori sufficere, quod ea delatione gravi probandi onere relevatus sit. Hoc tamen declarat, nisi qui juravit, alias etiam vincendi caussas habuerit. Ne alias quivis improbus litigator hoc remedium habeat effugiendi expensarum præstationem, viaque fraudibus aperiatur. Et ita apud suos judicatum perhibet Faber. Ex quo ad verbum per paginas duas integras omnia transcripsit Setser. *Lib. 4. de Juram. Cap. 9.*

CAP. XVI.

De appellationibus voluntarii jurisjurandi, necessarii, judicialis, quid his significetur.

SUMMARIA.

1. *Voluntarium, quid.*
2. *Necessarium, quid.*
3. *Judiciale, quid.*
4. *Quædam sententiæ de horum definitionibus notantur,* et num. 5.

His cum de vi jurisjurandi, tum de necessitate delati suscipiendi cognitis, jam potest intelligi, quod sit, quod dicitur jusjurandum voluntarium, quod necessarium, quod judiciale: quæ genera leguntur istu ordine in *inscriptione hujus* tituli, D. Quorum explicationem ideo in hunc locum rejecimus, quia de his non ante certo cognosci potuerit, quam necessitas deferendi suscipiendive jurisjurandi, aut libertas quænam esset, intelligeretur. Ex ea enim distinctione juris, quæ in hoc genere prodita est, hæ appellationes, ut ante dixi, natæ sunt. Nunc re cognita, nihil negotii est, quæ vis his verbis subjecta sit et quam recte sint illa imposita, videre. Mihi vero iis positis, quæ supra diximus, nihil occurrit in his generibus, cur non maxime retinendum sit, quod de horum definitione (1) interpretes vulgo tradiderunt, cum ad inscriptionem hujus tituli, D. tum ad *L. 1. C. eod.* ad §. *item si quis postulante, Inst. de act.* et alibi. Ac de duobus dubitari
1 non potest, voluntario et necessario. ÷ Voluntarium ita (2) definiunt, quod defertur a parte parti extra judicium. Et recte dicitur hoc voluntarium, quod est ejusmodi, ut totum ex voluntate litigatorum pendeat. Nam extra judicium et deferenti liberum est a principio non deferre; et ei cui defertur, liberum non suscipere: at qui si cogitur, cogatur per judicem, ut est in *L. delata, C. eod.* Proinde in judicio, vel judicio constituto. ÷ Necessarium (3) esse volunt, quod a judice
in dubiis caussis defertur. Rectissime id 2
quoque. Totum enim hoc a necessitate proficiscitur: cum et qui defert judex, non deferat, nisi necessitate et inopia probationum cogente: *L. 3. C. eod.* et cui defertur, subire necesse habeat, quia referre non licet. Sed et hoc solum est necessarium: ut non possit dubitari, quin recta sit definitio, quæ definito conveniens alii generi accommodari non potest. Quod enim a parte parti defertur, quamvis in judicio et auctore judice: nunquam tamen necesse est id deferre, et delatum potest recusari. Sed de judiciali du-
bitari potest. ÷ Judiciale enim id esse dicunt 3
quod defertur a parte parti in judicio, judice delationem confirmante. Quæ (4) definitio bis vitiosa esse videtur: et quod plus complectitur, quam definitum, et quod mancam efficit propositam divisionem: ut neque definitu conveniat, neque institutæ divisioni. Plus complectitur, quam definitum: quia necessarium illud, quod diximus, non solum et ipsum judiciale est, sed et ex omnibus maxime judiciale: utpote quod locum non habeat, nisi in judicio, et judicio vere jam expediri nequit ob probationum inopiam.

(1) Ubi Sneidvin. *n.* 8. *et seqq. Zas. ad Rub. D. h. t. n.* 7. *et seqq.* Coras. *in L. admonendi* 31. *D. h. t. P.* 1. *n.* 41. *et seqq.* Borch. *h. Tr. C.* 2. Damhuder. *Praxi. Civ. C.* 159. Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 51. *et seqq.* Gilken. *ibid. n.* 14. Wes. *in Par. D. h. t. n.* 7. *et* 8.

(2) Quod ex mera voluntate partium proficiscitur, et ab initio suscipi vel non suscipi potest, Beust. *ad Rubr. D. h. t. n.* 53. Borch. *d. C.* 2. *n.* 6.

(3) Ita fere Sich. *in Rub. C. h. t. n.* 10. *et* 2. *seqq.* Marc. de Mantua. *Sing.* 353. Maranta *Speculi Parte* 6. *Actu* 9. *de Juram. n.* 2. Quod dicatur sic: 1.° Respectu caussæ, quæ aliter expediri nequit ob probationum inopiam. 2.° Personæ, quæ subire cogitur. 3.° Judicis, qui quando non defert, vel sine caussa defert, litem facit suam. Beust. *ad Rubr. h. tit. n.* 82. *et* 2. *seqq. et ad L. admonendi* 31. *n.* 159. *et* 2. *seqq.* Jac. Ebert. *Tract. Ethic. de Juram. tit. de specieb. Juram. pag.* 26.

(4) Ita fere arguit Cujac. qui dissentit *in Par. h. t. et ad L.* 1. *C. h. tit. et* 4. *Feud.* 36. ac Vult. *Discept. Schol. C.* 7. *pag.* 70. et seq. *Anne, ait* Cujac. *solus locus judiciale faciet jusjurandum, quod a parte in judicio; locus autem simul et persona judicis non faciens.*

constituto, nec deferatur nisi a judice, et eo quem proprie ita appellamus. Id vero vel ob id ipsum constat a parte parti non deferri. Efficit eadem definitio; ut non sit plena divisio superior jurisjurandi; quia ea definitione recepta, non reperietur, ad quod ex his tribus generibus referri oporteat id jusjurandum, quod defertur et præstatur apud prætorem lite nundum contestata; siquidem prætor qui cogit præstare, non est judex, nec defertur id jusjurandum in judicio cum judicium incipiat ex litis contestatione. Unde lis contestata et judicium acceptum pro eodem *L. cum fundus, supr. si cer. pet. L. illud, infr. de hered. pet.* Ita erit hoc genus in superiore divisione prætermissum. Sed hæc movere nos non debent, quominus judiciale in divisione superiore id esse intelligamus, quod diximus. Ex his enim quæ docuimus, constat, cum de libertate aut necessitate jurisjurandi quæritur, ita jus esse: ut sit quoddam plane voluntarium jusjurandum; quoddam necessarium; quoddam neque omni ex parte necessarium, neque rursum omni ex parte voluntarium, sed interjectum genus et velut mixtum ex utroque. (5) Id autem est, quod a parte parti in judicio defertur. Hac parte voluntarium est, quod licet non deferre, et delatum licet non suscipere, quoniam id referre permittitur. Rursum hac parte est necessarium, quod si is cui defertur, id referre nolit, necesse habet jurare: ut merito hoc genus a voluntario et necessario distinguatur. Id si locum non habet, nisi in judicio, et non nisi auctore iudice defertur ac valet; negari non potest quin recte judiciali appelletur. At enim non est solum judiciale. Non est re vera, si per se judiciale spectetur, quæraturque in universum, quid sit judiciale. Sed in hac divisione solum est, quod ita vocetur. Cum enim ex tribus generibus prius positum sit jusjurandum necessarium, huic autem deinde subjiciatur tertium judiciale: non potest hoc judiciale aliter accipi, quam ut intelligatur judiciale non necessarium, seu quod ita judiciale est, ut non sit necessarium: siquidem et necessarium judiciale est. Porro definitur hic judiciale non quodcunque tale est, sed solum quod in hac divisione ita dicitur. Neque vero novum est, (6) ut quod per se generis est nomen, id in divisione positum, speciei nomen obtineat; quod tum præcipue intelligitur, cum alii speciei, quæ sub eodem genere est opponitur ut hoc loco. Sic adoptionis verbum idem et generis nomen est, et speciei in eadem divisione, cum adoptio genus dividitur in arrogationem, et adoptionem: ubi posteriore verbo necesse est intelligi adoptionem, quæ specialiter ita dicitur, nempe eam, quæ non est arrogatio. *L. 1. supr. de adop.* Idemque fit in actionis et cognitionis verbo, aliisque in innumeris similibus. *L. jurisconsultus, §. 1. infr. de grad. et aff. L. pecuniæ, §. actionis, infr. de verb. sig.* Denique sic recte dixerimus, omninoque superior divisio ita accipienda est, quasi dictum esset duplex esse jusjurandum: extrajudiciale, et judiciale. Extrajudiciale totum esse voluntarium. Judiciale non item: neque id tamen esse unius generis, sed partim esse necessarium; partim id quod specialiter dicitur judiciale, idest, ita judiciale, ut non sit necessarium: ejusmodi tamen, quod necessitatis partem aliquam habeat, non ut illud extrajudiciale nullam. Quæ deinde genera si inter se conjungantur, efficiuntur illa tria, quæ proponuntur in *inscriptione*, voluntarium, necessarium, judiciale. Adde his superiores definitiones: tum definitiones rei propositæ explicandæ, et verbis ipsis convenientissimas esse dixeris. Nec cum isto modo jusjurandum judiciale definierimus, ideo quidquam deerit in divisione jurisjurandi ad necessitatem ejus exponendam. Nam et quod prætore cogente seu imminente præstatur ante litem contestatam, judiciale non male dicatur: siquidem et prætor dicitur judex, ut proximo capite ostendimus, et maxime ita dici cœpit omnis qui jus dicit, posteriorum Imperatorum temporibus, ut Constantini: quomodo usurpari constat in optima ejus lege *L. lex quæ, C. de admi. tut.* præsertim autem Justiniani, et compositorum juris, a quibus verisimile est has appellationes esse inductas differentiarum jurisjurandi magis notandarum caussa, cum hæc verba apud juris auctores sub his titulis nusquam occurrant. Compositores autem more suis

(5) Ita Donel. *ad Rubr. C. h. t. n.* 8. Genus mixtum. Si deferentem spectamus, voluntarium; Sin eum cui defertur, ex parte necessarium. Et minima in hoc pars necessitatis est in eo, quod cui defertur, referre saltem cogitur, *ibid. n.* 13. Et ita Duar. *in Poster. Com. h. t. C.* 2. quadantenus voluntarium, quadantenus necessarium.

(6) Recte. Quomodo non obstat, quod et judiciale ex voluntate partis deferatur. Nam cum præter illam aliquid accedat, merito potius judiciale vocatur, sicuti contractus, in simili, qui præter consensum aliud exigunt.

temporibus recepto locutos esse credi par est. Quod autem hic defertur jusjurandum ante litem de re contestatam; non proprie fortasse dicatur deferri in judicio, cum judicium adhuc constitutum non sit: defertur tamen judicio instituto, quia actio instituta erat apud prætorem. Sed et prætor de caussis recusandi jurisjurandi cognoscit: atque hactenus in hac re judex est. Et quod jubet, ut juretur, quia caussa cognita facit, ac nisi juretur damnat: recte in eo sententia dicatur, et judicium.

Tentari potest ad hæc vitanda, num recte ÷ dicturi simus. (7) duo tantum id hac divisione genera proponi, quæ suis nominibus recte designentur, et re inter se contraria, bene et ex legibus rectæ divisionis inter se opponantur: voluntarium nimirum et necessarium: quod autem in divisione adjicitur judiciale, non tertium id genus esse, sed unum et idem cum priore, tantumque additum hoc verbum, quo explicetur, quod sit illud necessarium, quod prius nominatum erat: id enim solum necessarium est, quod judiciale: et omne judiciale est necessarium aut absolute, aut aliquotenus. Itaque illa verba inscriptionis, *sive judiciali* ἐπεξηγητικῶς accipienda, ut sit sensus inscriptionis, quasi ita scriptum esset, *De jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive* quod idem valet, *judiciali*. habet enim particula, *sive*, hunc usum sæpe apud auctores: ut in illis inscriptionibus Ciceronis, Cato *seu* de senectute: et, Lælius; *seu* de Amicitia. Sed admitti hic nsus potest alibi et quidem posset hoc loco, si ita scriptum esset: *De jurejurando voluntario, et necessario, sive judiciali*. Ut autem inscriptio concepta est, non potest huic loco interpretatio convenire. Tribus enim membris inter se distinctis, repetitur hæc particula, *sive*, in singulis hoc modo: *De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali*. Cum repetatur in omnibus uno modo, nec quidquam adjiciatur, quo significetur eam in uno aliud notare, quam in alio: est aperte contra sententiam scriptoris in tertio eam aliter accipi, quam in duobus prioribus. At in illis constat disjunctivam esse distinctionis, non enarrationis caussa positam. Neque enim aut voluntarium idem significat, quod necessarium: aut necessarium idem est, quod voluntarium. Erit igitur et disjunctiva in tertio, non ea quæ membrum prius interpretetur. Et omnino hic sensus est: agitur hic de jurejurando, sive id erit voluntarium, sive necessariom, sive erit judiciale: atque hæc verba, *sive necessario*, non sic interpretamur: sive, quod idem est, necessario: sic nec illa, *sive judiciali*, sic interpretari possumus: sive, quod idem est, judiciali. Sed et ex hac interpretatione divisio vitiosa inducitur. Nam si jusjurandum tantum duplex est, voluntarium et necessarium: omissum est id, quod a parte parti in judicio defertur. Aut si judicialis verbo id complecti volumus, et judiciale idem est necessarium: eveniet, ut hoc quod defertur a parte parti in judicio, vocemus necessarium, quod non est: et ad onum genus ex illis duobus id potius referamus: cum tamen non magis sit necessarium, quam voluntarium; nec magis voluntarium, quam necessarium.

Sunt, ÷ qui (8) genera ista tria ita distinguant, ut dicant id esse voluntarium, quod ex consensu litigatorum defertur, de quo in *L.* 1. *C. eod.* Necessarium, quod defertur ab uno ex litigatoribus alteri invito, quia id necesse sit suscipere, aut referre. *L. manifestæ, hic.* Judiciale id, quod defertur a judice. Quarum definitionum nulla probanda est: quædam etiam valde reprehendendæ. Voluntarium est, inquiunt, quod defertur ex consensu. Aut hæc definitio communis est cum judiciali et necessario jurejurando; aut plane solius jurisjurandi necessarii, non etiam voluntarii. Nam si intelligimus deferri ex consensu, eum volens volenti et ultro suscipienti defert: etiam id quod jure necesse est suscipere, erit interdum voluntarium: quale est, quod in judicio vel a judice, vel auctoritate judicis defertur: fieri enim potest, ut qui id defert, deferat volens, et simul cui defertur, volens ac libens suscipiat, ideoque

(7) Ita Forcat. *Dial. Necyom.* 54. *n.* 1.

(8) Cujac. et Vult. *ut supr. N.* 4. Necessarium vocant, quod refertur, quia hoc recusari nequit. Et hoc facit Vultejus speciem conventionalis: Id vero dicit, quo ex pactione litigantium deciditur controversia: juxta *L.* 1. *h. t.* et *in ead. L.* 1. Id quod ex auctoritate judicis accipit, id quod caussa cognita per judicem alteri, invito plerunque altero, defertur. Et ita quod Don.[s] et DD. vulgo, Necessarium, id judiciale cum Græcis vocant Cujac. *et* Vult. ut *et* Theod. Marcil. *in L.* 12. *tab. C.* 72. Quod et refellit Borch. *h. Tr. C.* 25. *n.* 9. *et seqq.* Putantque isti ad extrajudiciale hunc Tit. non pertinere. Quod id litem non terminet. Lis enim est, ajunt, ut primum in jus ventum vel in judicium etc. Cujac. *ad L.* 1. *C. h. t.* Et in *LL. h. tit.* unnquam mentio controversiæ, nisi cum aliqua adjectione, ex qua appareat, non quamvis intelligi, sed quæ in jure, aut judicio jam versetur, Vult. *d. Cap.* 7. *p.* 67. *col.* 2.

deferatur præsteturque ex consensu. Neque tamen id voluntarium dixeris, quod jure necessario imponitur. Non igitur hæc definitio soli voluntario convenit, nec voluntarium jusjurandum metiendum est ex hoc consensu. Et res sic habet: voluntarium aut necessarium jusjurandum jus facit, non solius deferentis et suscipientis consensus. Quod defertur in judicio, potest suscipi a volente: sed non eo minus suscipitur necessario, nisi referatur, quia jus suscipi jubet. Sed et quod defertur extra judicium, etsi defertur præstaturque consensu litigatorum: non tamen ideo voluntarium, quia præstitum est ex consensu; sed quia jure fit, ut voluntate præstetur, si quis præstet; contraria autem voluntate impune recusetur, ut ante ostendi. Quod si intelligimus deferri ex consensu, cum defertur uni ex conventione, idest, ei de quo convenit prius inter litigatores, ut juraret: jam id jusjurandum necessarium est, quod definiunt, non voluntarium. Conventio enim necessarium facit, quod sine conventione jure voluntarium futurum erat; quando ex conventione delatum nec recusari potest, nec referri. *L. jusjurandum quod ex conventione, hic.* Quid est antem, quod dicunt necessarium esse, quod a litigatore defertur alteri invito? Si extra judicium, ut complectitur definitio: quid magis falsum: cum, ut dixi, ibi liberum sit non deferre, et ei cui defertur, liberum non suscipere? Imo, inquies, qui jurare non vult, is jurare, aut solvere, nisi referat, cogitur. *L jusjurandum et ad, §. ait, hic.* Meminerimus hoc fieri per judicem, aut per prætorem, cum judicio instituto ad eum in jus ventum est, et ibi eo auctore jusjurandum defertur. *L. delata, C. eod. d. §. ait.* Quo fit, ut ante nihil noceat recusasse, eoque nec ulla ante fuerit necessitas suscipiendi. Quod si defertur jusjurandum in judicio: tamen ne sic quidem necessarium est, quod a litigatore litigatori defertur. Nam quomodo necessarium, quod nec defertur necessario, nec necessario suscipitur, cum possit ex edicto referri? *d. L. jusjurandum et ad, §. datur, hic, d. L. delata C. eod.* Nihilo rectius faciunt cum judiciale definiunt, quod defertur a judice, et distinguunt a necessario. Quod defertur a judice, est id sine dubio judiciale: sed non solum. Nam et illud judiciale est, quod a parte parti in judicio defertur, cui locus non est, nisi in judicio: quod idem ut valeat, non nisi a præsentia et auctoritate judicis accipit. Huic autem superior definitio convenire non potest. Illud non est ferendum, quod ipsum illud judiciale, quod definiunt, idest, quod a judice defertur separant a necessario: quasi quod a parte parti invitæ defertur, necessarium sit (sic enim prius necessarium definierant) quod autem defertur a judice non sit necessarium: quod longe aliter fieri oportuit. Nam etsi in eo, quod defertur a parte parti, esset aliqua necessitas suscipiendi; tamen omnes concedent, in quo jurejurando major necessitas sit, et quidem prope absoluta utrinque, id multo magis necessarium appellari debuisse. Id autem est illud, quod defertur a judice, ut ante docui, et de quo inter omnes convenit. Quare aut id solum, aut certe præcipue debuit necessarium nominari. Nec recte defendetur, quamvis utrumque judiciale sit: licere tamen nomen judiciatis specialiter attribui ei, quod a judice defertur: quia prius diximus, cum utrumque judiciale esset, tamen judicialis nomen specialiter uni generi esse tributum. Conveniebat enim id quod defertur a judice, a præcipua parte et propinqua caussa nomen accipere. Præcipuum autem et propinquum, quod spectandum est in hoc jurejurando, est necessitas illa deferendi et suscipiendi, de qua hic quæritur. Unde et ex ea necessarium nominatum potius, quam verbo generis judiciale ante diximus. Quæ cum ita sint, superiores istorum generum definitiones retinendæ videntur.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM DIG. DE IN LIT. JURANDO.

Jusjurandum in litem quid sit: ejus species, caussae, et effecta.

SUMMARIA.

1. *Jusjurandum in litem quid a generibus superiore titulo expositis differat.*
2. In litem jurare, *quid: et cur ita dicatur,* et litis *verbum quid hic significet.*
3. *In litem jusjurandum quibus in caussis receptum sit, seu quæ ejus species.*
4. *Species jurisjurandi in litem constituta* L. si quando, C. unde vi; *et ejus æquitas exposita.*
5. *Jusjurandum in litem de æstimatione rei, quam rem prius deberi constet, est id, de quo sub hoc titulo* De in litem jurando *agitur.*
6. *Hoc jusjurandum duplex, ex affectu, et quanti res est: sed illud per excellentiam absolute* in litem *usitatius dici.*
7. *Jusjurandum in litem ex affectu quando admittatur, et quibus ex caussis, tum ejus æquitas.*
8. *Jusjurandum in litem, quanti res est, quando recipiatur, et ejus æquitas.*
9. *Jurisjurandi in litem vis, postquam de æstimatione juratum est.*

Ex iis duobus generibus jurisjurandi, quæ ad litis decisionem spectare diximus superiore Titulo. *Cap.* 2. hactenus de eo dictum est, in quo sola litis decisio quæritur, non ullum delictum adversarii vindicatur. Erat alterum, quod et ipsum ad litis decisionem pertinens, maxime tamen ob delictum interponitur, ac pœnæ caussa, idest, hujus ipsius delicti cœrcendi caussa introductum est. Pœnæ caussa interponitur jusjurandum, cum actore nihil probante, tamen hujus jurijurando res committitur invito reo, non propter solam inopiam probationum, ut fit alias in dubiis caussis, de quo in *L.* 3. *C. de reb. cred. et jur. et L. admonendi, supr. de jur.* Sed quia maxime hoc meretur rei delictum, ut res adversus
1 cum ita transigatur. † Hoc jusjurandum, si quod hujusmodi receptum sit jure, a superiore multum distare manifestum est. Nam et voluntarium, et judiciale, quæ diximus, non nisi postulante adversario delata valent, et pariter tam reo, quam actori deferri possunt: hoc autem de quo loquimur, a judice solo defertur invito adversario, et defertur soli actori nec probanti. Sed et illud necessarium, seu id quod ad litem decidendam in dubiis caussis adhibetur, etsi a judice solo defertur, et adversario invito: tamen solam litis decisionem propositam habet, adhibeturque ideo, quia de re dubia aliter facile explicari a judice, et judicari non potest; non etiam exigitur ob ullum delictum alterius partis. Unde non minus reo defertur, quam actori; imo frequentius deferri solet reo, ut suo loco docuimus. Hoc autem ex delicto rei proficiscitur: unde et rei cœrcendi caussa

ra omnibus linguis usitata, qua usurpatur continens pro contento, lis pro re, quæ in lite versatur. Significatio in his notissima, cum dicimus, litem alicui æstimatam, aliquem litis æstimationem sustulisse; quæ passim in libris responsisque veterum occurrunt. In quibus constat intelligi rem, de qua controversia est, æstimatam: rei de qua lis est, æstimationem ab aliquo solutam, ut inter innumeros locos ex his patet. *L. si propter, infr. rer. amot. L. 2. in fin. et L. 3. infr. pro em. L. nec ullam, §. pen. supr. de pet. her.* Itaque et usu veterum et significatione verbi consentiente ferri potest, ut jusjurandum in litem vocemus, quod sit in rem, seu de re, de qua judicio agitur. At illud quomodo potest recipi, ut *in litem* interpretemur in litis æstimationem? Nam si maxime diversa sunt, res aliqua et ejus rei æstimatio: necesse est itidem maxime diversa videri, litem, et ejus litis æstimationem, ubi lis pro re, de qua lis est accipiatur. Et necesse esset ita videri, si lis significaret omnem rem, de qua lis est, quo sensu quodcunque jusjurandum interponeretur in lite de re aliqua, id recte diceretur in litem, quacunque in re, et quaecunque in controversia interponeretur. Sed apparet veteres in hujus jurisjurandi appellatione verbum totius tribuisse præcipuæ parti litis per excellentiam; ut litem dicerent id, quod est quidem in lite, sed quod est summum ac præcipuum, et ad quod totius litis finis atque exitus refertur. Ea autem est damni aut amissi lucri æstimatio, quam actor judicio consequi contendit. Quo fit, ut ex hac parte, atque hoc effecto, qui maxime lite petitur, et in lite versatur, jusjurandum in litem dictum sit, quod esset in ipsam litis, et rei in judicium deductæ æstimationem.

3 Ac de verbo satis, jam de ✝ re ipsa dicamus. Et cum hoc jurejurando constituatur actor judex in caussa sua invito reo, quod genere ipso iniquum est: *L. Julianus autem. 16. supr. de jud. tit. C. ne quis in sua cau. jud.* certum est, jusjurandum esse ejusmodi, quod temere non fuerit admittendum. Sed quod regula juris optime traditur, id in hac re, ut et in aliis omnibus valet: etsi nihil facile immutandum est ex solemnibus; tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est. *L. etsi, infr. de reg. jur. L. pen. supr. de in int. rest.* Quam ob caussam et hoc jusjurandum quibusdam in caussis æquitate ita exigente receptum est. Receptum est autem alias de rebus, quæ amissæ dicuntur, nec amissæ probantur, simul et de earum rerum æstimatione; alias de sola æstimatione rei petitæ, quam rem prius deberi, aut præstari debere convenit.
✝ Prius introductum est constitutione Ze- 4
nonis adversus eum, qui vi aliquem de possessione dejecit. *L. si quando, C. unde vi.* Nam si is, qui dejectus est, quædam in ea vi sibi erepta, aut amissa, aut corrupta esse dicat, et damnum ad certam summam æstimet; placet huic juranti credi non solum de æstimatione earum rerum, quas prius fuisse, ac per vim amissas esse constabit; sed etiam de ipsis rebus, numero et conditione earum, quamvis aut non doceat se prius habuisse, aut cum haberet, per eam caussam amisisse; et in summa credi actori, se ad hanc aut illam summam damnum passum esse juranti, et ut nunc loquimur, litem jurejurando tanti aut tanti æstimanti; cum hoc tamen temperamento, ut judex pro personarum et negotii qualitate taxet certam summam, quam actori jurando excedere non liceat, ne per hanc occasionem in infinitum juretur. Ius in hac caussa optima ratione constitutum. Nam exigere ab actore, ut res, quas dicit, se amisisse probet; nec aliter illi, quam idonee probanti damnum præstari velle, nihil aliud est, quam cogere eum res illas amittere. Quomodo enim facile probet testibus, quæ res ibi, unde dejectus est, fuerint; cum res quisque privatas secretas habere soleat; certe non soleat ad eas cognoscendas testes accersere? Et ut forte se res ibi habuisse, et quas habuerit, probare possit; tamen illud facile non possit probare, se eas per vim et illam injuriam amisisse: cum qui vim adhibebant, soli fuerint, et alios testes vi removendo omnem probandi facultatem dejecto ademerint. Eum vero qui dejectus est, cogi res suas amittere propter delictum prædonis, nimis grave et aperte iniquum est. Quapropter hoc supererat, ut ipsi de his rebus affirmanti crederetur potius, quam propter alienam injuriam de iis rebus in discrimen veniret. Nocet hoc quidem invasori: sed impunita maleficia esse non oportet, *L. ita vulneratus, in fin. supr. ad leg. Aquil.* et si alterutri factum nocere debet, æquius esse auditori suo, quam adversario nocere, *L. factum cuique, infr. de reg. jur.* Et tamen quia simpliciter affirmanti credi parum tutum fuit, et eum nonnulla injuria rei conjunctum; ideo hac quoque parte consultum est reo, et cautum ut juranti quidem, attamen non nisi juranti fides haberetur. Est autem hoc etiam jusjurandum in litem; ne quis id forte ab

hoc genere excludat, quia sub hoc titulo superiorem constitutionem relatam non videt. Summa enim jurisjurandi huc redit, ut iuretur in damni æstimationem, et ut constitutio loquitur, *ut actoris sacramento æstimatio rerum quas perdidit, manifestetur.* Sed quia constitutio jusjurandum illud in litem, de quo hic agitur, multo post sequuta est, et ad vim coercendam pertinet, ideo potius in titulum, *Unde vi, C.* relata videtur.

5 De æstimatione ✝ rei petitæ, quam rem prius præstari debere constat, jusjurandum in litem vetus est, estque id quod hoc titulo explicatur. Huic locus est in judicio de re principaliter petita, quam cum dari, tradive, aut restitui, vel exhiberi constet, tamen dolo aut culpa adversarii non præstatur. Nam adversus eum, qui eam rem non præstet, ubi res manu militari ei non auferatur, ut aliquando aufertur in rei vindicatione; *L. qui restituere, supr. de rei vind.* nihil relinquitur, nisi ut res æstimetur, damneturque reus in eam æstimationem. Idque ita jure observatur; maxime quidem, cum res exstat. *d. L. qui restituere de rei vind. L. tutor. h. tit.* Sed non minus et cum desiit extare, si quidem post moram rei perierit. *L. in re furtiva, infr. et cond. fur. L. item, si verberatum. §. ult. supr. de rei vind.* Ita in hac recusatione adversarii hoc evenit, ut de æstimatione rei petitæ quærendum sit; qua in quæstione maxime jusjurandum versatur. Non continuo tamen, ut in hac recusatione de rei æstimatione quæritur, ita etiam committitur hæc æsti-
6 matio jurijurando actoris. ✝ Duplex hic æstimatio adversus frustratores reos actori concessa est, in quam et juratur, atque ex ea et de jurejurando in eam admittendo varie statuitur. Interdum ob rem non præstitam permittitur actori rem æstimare pro arbitrio atque ex affectione, ut in hanc æstimationem reus condemnetur. *L. 1. L. tutor. hic.* Alias æstimatur res ex vero, seu quanti est, ut non amplius sententia judicis præstetur; *L. 2. §. 1. hic.* quæ et solemnis atque usitata rerum æstimandarum ratio est. *L. pretia, infr. ad L. Fal. L. si servum, supr. ad leg. Aquil.* Cumque in utramque æstimationem jusjurandum receptum sit, hinc et duplex in litem jusjurandum notum est de æstimatione rei petitæ, de qua nunc agimus. Unum, quo jurat actor, quam rem æstimet ex affectione; quod sæpe pretium excedit. *d. L. 1. hic.* Alterum quo jurat, quanti sua vere intersit. *d. L. 2. §. 1. L. 5. in fi. hic.* Quæ genera ita notantur a veteribus, ut prius vocetur jusjurandum, *quanti in litem juratum est,* posterius id, quo juratur, *quanti res est,* seu *quanti interest,* quibus verbis vera æstimatio significatur. *d. L. 2. in fin. L. tutor, hic.* Genera ob eam causam ita distincta, ut hæc ab illis tanquam contraria statuantur. *d. L. tutor, hic, L. non a judice, supr. de jud.* Utrumque tamen in litem. Nam etsi maxime ac præcipue dicitur in litem, ubi actor pro arbitrio pretium æstimat, ut sæpe per antonomasiam ita dicitur, ut in *L. 1. L. 5. L. vulgo, hic.* tamen nihilominus et alterum in litem dicitur, quia est in litis æstimationem. *L. in actionibus, 5. vers. plane, et L. seq. hic.* Prius affectionis; alterum veritatis vulgo nominatur. Hoc intellecto, hoc dicimus, ut est ista æstimatio, ita et jusjurandum in eam æstimationem dissimiliter admitti. Cum prior æstimatio conceditur actori, id ita fit, ut semper hæc committatur ejus jurijurando. Nam cum æstimatio ex actoris arbitrio et affectione pendeat, ut non possit aliorum judicio vel testimonio confirmari; necesse est eam, si permittatur, aut soli illius affirmationi permitti, aut jurijurando. Soli affirmationi credi iniquum, neque etiam placuit. Restabat igitur, ut non nisi juranti crederetur. Ita semper huic æstimationi adjunctum est jusjurandum. Sed non semper illa æstimatio recipitur: est enim gravior, quam ut eam facile concedi oporteat, proinde nec semper ipsum jusjurandum, quo in eam juratur. Posterior æstimatio, et in ea jusjurandum dissimili plane jure et conditione habentur. Nam ipsi æstimationi, quæ vera est, ubique locus est adversus eum, qui rem petitam non præstet, ut debet: ac tunc maxime, cum culpa tantum adversarii res non præstatur, quippe cum eo tempore illa æstimatio sola sit. *L. 2. §. 1. hic.* At non item ubicunque de ea æstimatione ob culpam rei controversia incidit, ibi locus est jurijurando in litem, ut ita jurante actore controversia decidatur; sed interdum dumtaxat, ut significatur in *L. 5. in fin. hic.*

Quomodo igitur, aut priori illi æstimationi locus datur, ut sic fiat locus et jurijurando, quo semper in eam juratur: aut quando in posteriore æstimatione recipitur jusjurandum, quod sit in eam æstimationem, ut sic in universum statuamus, ubi et quam recte totum hoc in litem jusjurandum admittatur? Et si dixerimus, quando hæc fiant, simul et de æquitate hujus jurisjurandi admittendi constabit. ✝ Ac quod attinet ad 7
priorem æstimationem, ea, ut dixi, gravior est, quam ut facile in quemquam recipienda fuerit, etiamsi maxime actor eam adstruat jurejurando. Quod enim res ostendit, dupli-

cem pœnam continet: communem illam, quod actor in caussa sua judex constituitur invito reo quod et in omni alio jurejurando in litem accidit: propriam hanc, quod æstimatur lis etiam ultra rei pretium. *d. L.* 1. *hic*. Sed tamen et hæc admissa est, atque una jusjurandum; verum suis conditionibus, ex quibus æquitatem hujus juris licet animadvertere. Ac de singulis dicam postea suis locis plenius. Nunc breviter capita attingam, ut summa juris nota sit, et æquitas in hoc jurejurando introducendo, quam quærimus, statim perspiciatur. Tria sunt, quæ juncta huic jurijurando locum faciunt: jus actoris in re petita: rei petitæ conditio; et contumacia vel dolus adversarii in re petita non præstanda. Non tribuitur hoc jusjurandum cuivis actori; sed domino, *L. vulgo*, *L.* 4. *hic*, aut ei ad cujus jus res petita pertineat: quod ex genere actionis intelligitur. Unde tractatum, quibus in actionibus juretur in litem, de quo in *L.* 5. *hic*. Æquissimum est, rei cujusque pretium non ex eo, quanti est, sed arbitrio domini statui. *L. tutor*, *hic*. Neque tamen hoc in omni re petita admittitur, sed ita, si sit ea res, in quam cadat affectio, et cujus æstimatio pro utilitate et commoditate utentium possit variari. Diversum est, si de alia re agatur: puta, de nummis, qui forte depositi non restituantur. *L.* 3. *hic*. Ut cætera interveniant; tamen placet in hac æstimatione nisi ob dolum aut contumaciam frustratoris rei in litem non jurari: ut sit jusjurandum hoc doli pœna. *L.* 2. §. 1. *L. in actionibus*, *vers. sed in his omnibus*, *L. tutor*, *hic*. Quid æquius, quam dolum et contumaciam puniri: et maxime si hic dolus in re aliqua adversus eum, ad

8 quem pertineat, admittatur? ÷ Quod attinet ad alterius æstimationis, quanti res est, jusjurandum, etiamsi ipsa æstimatio adversus eum, qui rem debitam non præstet, juste inducatur; tamen hæc non committitur jurejurando actoris, quamdiu res exstat; quæ petitur, ubi ex ejus inspectione possit æstimatio facile probari. Tunc recipitur in hac re jusjurandum actoris, cum res petita periit *L.* 5. *in fin. hic*: scilicet quia tunc necessitas id flagitat, nisi æstimationem rei una cum re actori propter moram rei perire velimus. De quibus plura deinceps suis locis: Nunc ipsos locos indicasse sufficiat, ex quibus deinde singulorum diligentior explicatio petatur. Ac cui prius jusjurandum deferatur, dicam ad *L.* 4. Quibus in actionibus, quod eodem referri debet, et quamobrem, dicam ad *L.* 5. Qua de re in *L.* 3. Adversus quem in *d. L.* 5. De posteriore jurejurando dicam ad *L.* 5. *vers. ult. et L. seq.* Ex quibus omnibus quid sit jusjurandum in litem, quæ ejus genera sint, et ubi unumquodque, et quamobrem, seu qua æquitate receptum sit, intelligimus. ÷ Quo recepto, deinceps de vi 9

jurisjurandi quærendum est, ubi actor de æstimatione juraverit. Et de eo hæc item juris summa est, quæ hoc titulo traditur: hæ partes, quæ suis locis notatæ, diligentius deinde illic a nobis exponentur. Servandum est nimirum jusjurandum in litem, ut si et de alia re inter litigatores juratum esset; sed suis conditionibus. Hæ duæ sunt: una, si actor deferente judice juraverit; alio deferente jusjurandum nihil prodest: quod quomodo accipiendum sit, dicam ad *L.* 4. §. *deferre*, *hic*. Unde quæstio, an sit in potestate judicis, id non deferre: de quo in *d. L.* 4. §. *jurare*. Altera conditio est, si actor taxationem judicis non excesserit; nam ab initio modum jurijurando statuere judex potest, ut intra certam quantitatem juretur *d.* §. *jurare*, *L.* 5 *hic*. Hoc modo, inquam, interpositum jusjurandum in litem, non minus quam de aliis rebus servandum est. *L.* 4. §. *deferre*, *L. ult. hic*. Etiamne si actor in infinitum juraverit? Etiam, nisi judex modum jurijurando statuerit, ut intra certam quantitatem juretur, quod eum facere posse diximus. *L.* 4. §. *jurare*, *hic*. Sic tamen servandum hoc jusjurandum, ut ex caussa possit judex id non sequi: de quo ad *L.* 4. §. *item videndum*, *hic*. Quin etiam sententia secundum id lata, potest et ex caussa de perjurio ejus, qui in litem juravit, queri. *L. ult. hic*. Vi hujus jurisjurandi cognita, etiam de necessitate ejus suscipiendi quæritur: dicam ad *L. ult.* De quibus omnibus licebat uno contextu orationis, ac recto ordine semel dicere, ut superiore titulo fecimus. Sed quoniam Titulus brevis est, et in Titulo non longo, magna membrorum divisio esse non potest, ac si quæ esset, jam tamen et summa juris, et rectus ordo ac series rerum cognoscendarum ex his, quæ diximus, intelligitur: putavimus melius esse explicationem singularum partium ad suos locos reiici, quo ipsi quoque loci expositi essent, et his qui singulos cognoscere cupiunt, eo modo consuleretur.

Ad L. *rem* 1.

Ulpianus *lib.* 51. *ad Sabinum.*

Rem in judicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio poterit ex contumacia non restituentis, per jusjurandum in litem. Non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium.

SUMMARIA.

1. *Quibus in judiciis condemnatio crescere possit per jusjurandum in litem, et quomodo hoc contingat.*
2. *Quanti quæque res æstimanda, cum de finiendo negotio non agitur.*
3. *Definitionis hujus loci quis, et quibus in caussis usus.*
4. *Exempla.*
5. *Jusjurandum in litem ex affectione, seu affectionis.*

1 Quibus in judiciis in litem juratur, in his jusjurandum hoc efficit, ut, sicut Ulpianus hic loquitur, *ex contumacia, non restituentis*, aut non præstantis quod petitur, *condemnatio crescere possit per jusjurandum in litem.* Potest enim res contumacia possessoris non restitui, quam ille restituere jussus est. Quod si fit, juratur in litem. *L.* 2. §. 1. *infr.* atque hoc jurejurando statuitur pretium rei, non quanti est, sed quantum dominus fuerit arbitratus in infinitum. *L.* 5. *L. tutor, infr. L. qui restituere, supr. de rei vind.* eoque et sæpe ultra pretium rei, ut hic dicitur. Sic fit, ut hactenus vere dicatur crescere condemnatio ex contumacia non restituentis: cum si possessor rem restituere paratus esset, aut in ea non restituenda dolo careret, nihil amplius quam rem quanti est, aut veram ejus æstimationem præstare sententia judicis cogeretur. † Hac æstimatione
2 rei in his judiciis recepta, quæsitum est, si forte in his ipsis judiciis controversia incidat, res in judicium deducta quanti sit, seu quanti æstimanda sit, quod quidem ad contumaciam non restituentis puniendam et finiendum negotium nondum pertineat: utrum debeat solum æstimari, quanti est re vera, an vero quanti jurejurando in litem amplius æstimari potest, ut in æstimatione rei etiam hoc computetur, quod ex contumacia non restituentis et jurejurando in litem potest ad veram æstimationem accedere. Ad eam quæstionem accommodata est Ulpiani definitio hoc loco. Definit enim, rem in judicium hujusmodi deductam non ideo pluris esse, quia ultra pretium rei æstimari potest per jusjurandum in litem, et eatenus condemnatio crescere: significans tanti quidem esse, quanti est pretium ejus; at non pluris: etsi maxime pluris ex contumacia æstimetur, eoque quod ultra est, in re æstimanda computandum non esse. Cui definitioni plane locus non est, nisi in ea quæstione, cum quanti res sit, quæritur. Congruit autem definitio illi sententiæ veterum, qua traditur, in re quaque æstimanda affectiones non esse spectandas, sed quanti omnibus valeret: et pretia rerum non ex affectu et utilitate singulorum, sed communiter fungi. *L. si servum, supr. ad leg. Aquil. L. pretia, infr. ad leg. Fal.* At non videbatur in proposito ea definitio retineri posse. Res enim in judiciis pluris æstimari potest, quam quanti est, et ut æstimatur, ita reipsa præstatur hæc æstimatio. Cur non ergo in re æstimanda et hoc quod plus est, computetur, cum pariter ad æstimationem rei pertineat? Respondet Ulpianus, eo fieri, quia in eo quod hic plus est, res ex contumacia æstimetur ultra rei pretium. Quo significat ideo fieri, quia quod accedit, æstimatio quidem sit; sed non rei, seu pretii rei, verum contumaciæ, quæ hac æstimatione, atque hoc jurejurando punitur: aut verius, quia sit hæc non æstimatio rei, sed contumaciæ pœna, ut hac pœna contumaciam hic puniri dicitur in *L.* 2. §. 1. *et L. tutor, infr. eod.* Utriusque rei argumentum esse innuit, quod res ita æstimetur, ex dolo aut contumacia, ut non æstimatur aliter: *L.* 5. *infr.* et æstimetur ultra rei pretium: quod certe probat veram æstimationem rei non esse, quæ ultra eam æstimationem inducatur.

3 Sed quorsum † hæc definitio? Est enim plane inutilis et inepta, si in his judiciis, in quibus juratur in litem, de quibus concepta est, nunquam quæritur, quanti res sit, de qua in litem jurari potest. At nunquam evenire videtur, ut hoc quæratur in his judiciis. Nam si res petita restituitur, non quæritur omnino de rei æstimatione. Si non restituitur: si quidem culpa solum possessoris, hic non juratur in litem. *L.* 4. §. *ult. L.* 5. *infr. eod.* eoque nec potest condemnatio per hoc jusjurandum crescere, quod tamen jusjurandum definitio exigit. Si possessoris contumacia aut dolo: quæritur quidem de æstimatione, sed tantum abest ut rejiciatur ea, qua res æstimatur ultra rei pretium, ut hæc sola admittatur, repudiata illa altera, quanti res est. *L. tutor, infr.* Quorsum ergo, inquam, definire, quanti sit vere res in judicium deducta, de qua eadem possit in litem jurari, ubi de eo quæri nec soleat unquam, nec possit? definire rem non esse pluris, quamvis jurejurando æstimetur ultra rei pretium, ubi constet nihilominus ita æstimari, nec quidquam impediat, quod res tanti non sit, quia an tanti sit, necne, non quæratur? Et quod ante attigi, res ita habet, ut in his judiciis nunquam huic quæstioni aut definitioni locus esse possit, cum de æstimatione rei principaliter quæritur, nempe ad litem adversus reum æstimandam, et eum tanti condemnandum: quam ad rem adhibetur jusjurandum in litem. Sed accidit interdum, ut in his ipsis judiciis multo ante sententiam, atque adeo initio judicii ob alias caussas in judicium incidentes, quærendum sit, quanti sit res, quæ in judicium deducta est: ut, quia id ante constitui necesse sit ad judicium rite instituendum aut promovendum: de quo tamen quidquid constitutum erit, nihil ad principalem caussam decidendam pertinet. Id si quando fiat, ibi superior definitio locum habet, idque verba definitionis satis ostendunt. Sunt enim hæ ejusmodi quæstiones, in quibus vere dicatur condemnatio crescere posse per jusjurandum in litem, non autem jam nunc crescere. Accidit autem, ut id quæratur quandoque, cum tractatur de jurisdictione judicis apud quem agitur, quæriturque, utrum res petita intra jurisdictionem ejus consistat, an excedat: quæ quæstio in eo est, quanti res sit, quæ in judicium deducitur. Non nunquam etiam in fidejussoribus judicio sistendi caussa datis, qui pro rei petitæ qualitate idonei dari jubentur. *L.* 1. *supr. in jus voc. ut eant.* Unde quæstio, quanti sit res, quæ petitur. Quæ quomodo in his caussis accidant, et ex superiore definitione explicentur, prepositis exemplis planum fiet.

Sit ergo hujus † quæstionis et definitionis superioris usus in his exemplis expositus. Est aliquis primus judex, qui ex lege et forma jurisdictionis suæ cognoscere potest solum ad quingentos aureos. Quidam eum fundum haberet, qui ab alio possidebatur, dignum ad summum quingentis aureis, si quidem vera æstimatio spectetur, eum tamen apud majorem judicem vindicabat: quod eum æstimaret ipse septingentis aut pluris propter multas commoditates, quas privatim ex illo percipere poterat: et quo magis hujus æstimationis ratio haberetur, dicebat fieri posse, ut in eo judicio tanti fundus æstimaretur per jusjurandum in litem: id enim futurum est, si per contumaciam possessoris fundus ei non restituatur. *L.* 2. *infr.* Ergo hac ratione apud majorem judicem fundum vindicat, quod dicat ejus fundi æstimationem excedere posse jurisdictionem minoris judicis, apud quem ideo litem non instituit. Possessor præscriptione fori utitur, et ad minorem suum judicem revocat, quod dicat rei petitæ pretium intra jurisdictionem ejus consistere. Quæstio, utrum consistat, ut verum pretium solum spectemus; an excedat, quia et ejus quo crescere condemnatio potest, ratio haberi debeat. Dicemus ex superiore definitione rem consistere intra jurisdictionem minoris judicis. Ideo apud eum agendum esse: quia fundus de quo agitur, non pluris sit, quam quingentorum aureorum, de qua summa minor judex potest cognoscere. Nec ad rem pertinere, quod condemnatio crescere potest per jusjurandum in litem. Non enim ideo fundum pluris fieri: quoniam ea æstimatio non rei petitæ æstimatio sit, sed pœna contumaciæ non restituentis. De fidejussoribus, quos dixi, hoc exemplum est. Olim qui in jus vocatus venire statim nolebat, hoc ita evitabit, si satisdaret se condicto die judicio sisturum, nisi si cui hæc satisdatio remitteretur. Tit. *in jus voc. ut eant. supr.* Hic autem edicto fidejussor judicio sistendi caussa jubetur dari locuples; sed pro rei de qua agitur qualitate, idest, qui tantum facere possit, quanti res est, de qua agitur. *L.* 1. *supr. in jus voc. ut eant.*, *L.* 2. §. *ult. supr. qui sat. cog.* Ecce dominus fundum suum vindicat, qui si ex vero æstimetur, valet ad summum ducentis aureis. Ideo possessor, ut olim mos erat Romanis, cavere volens judicio sistendi caussa, offert fidejussorem ad summam ducentorum locupletem. Dominus postulat sibi dari locupletem ad trecentos aureos, quod dicat se fundum suum æstimare tanti: et vero ad tantam summam condemnationem crescere 4

posse per jusjurandum in litem, si quidem contumacia possessoris res non restituatur, ut fieri potest. Quæstio an sit audiendus. Dicendum ex hoc loco, liberari possessorem, qui fidejussorem locupletem ad ducentos aureos offecat: propterea quod fundus, de quo agitur, tanti sit re vera, non pluris. Nec obstare, quod condemnatio in hac caussa crescere potest ex contumacia possessoris usque ad trecentos aureos. Non enim ideo pluris esse, ut diximus, quia hæc contumaciæ æstimatio sit, non rei petitæ, de cujus æstimatione nunc quæritur. Hæc de his caussis scripsisse et sensisse Ulpianum ex inscriptionibus hujus loci et aliorum quocundam conjecturam facere possumus. Nam hic locus, ut est inscriptio, sumptus est ex libero Ulpiani quinquagesimo primo ad Sabinum. Hoc libro tractasse illum de judicio, et de judicis jurisdictione indicat *L. eum qui.* 13. *supr. de jurisd. L. si locus.* 59. *supr. de jud. L. judex*, 55. *infr. de re jud. L. nemo qui condemnare*, 37. *infr. de reg. jur.* omnes sumptæ ex eodem libro, et ad eam tractationem, quam dixi, pertinentes. † Obiter hic notan- 8
dum de jurejurando in litem, hoc jurejurando cum ob contumaciam et dolum defertur, rem æstimari posse ultra rei pretium: quod nihil aliud est, quam hoc jurejurando æstimari rem ex affectione, seu quanti actor ex affectu rem æstimet. Nam extra pretium rei si qua æstimatio est, ea solum est, cum ex affectione et utilitate privati cujusque res æstimatur: *L. pretia. infr. ad leg. Fal. L. si servum. supr. ad leg. Aquil.* ut non male vulgo vocetur hoc jusjurandum affectionis.

Ad L. *Sive.* 2.

Paulus *lib.* 13. *ad Sabinum.*

Sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agatur. Interdum quod intersit agentis, solum æstimatur, veluti cum culpa ponitur non restituentis, vel non exhibentis. Cum vero dolus, (punitur) aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem jurabit actor.

Pertinet ad definitionem proximam *L.* 1. nosse, quando jurejurando in litem possit condemnatio crescere ex contumacia adversarii, idque ultra rei pretium, quia id fieri posse ea definitione comprehensum est. Pertinet et illud, nosse cur additum sit, *ex contumacia.* Ad hoc declarandum hoc fragmentum subjectum est: ad declarandum, inquam, non ad explicandum. Neque enim hic quidquam plene definitur. Quæ explicatio sequitur postea in *L.* 4. *§. jurare, et deinceps: item. L.* 5. Dicitur ergo superius fieri posse, sive nostrum quid petamus, sive ad exhibendum agatur. Utrumque horum exempli caussa. Nam idem fieri potest in actionibus in rem, etiam quibus quid nostrum non petimus: nec tantum in his, itemque in actionibus ad exhibendum; sed etiam in actionibus in personam, quibus ad exhibendum non agitur: de quo dicetur ad *L.* 5. Quod sequitur in §. 1. declarat, cur additum sit in superiore definitione, *ex contumacia non restituentis.* Docet enim consultu id factum, quia ibi solum æstimetur sententia judicis quanti in litem juratum est, cum dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis punitur. Cum autem tantum culpa non restituentis vel non exhibentis: non nisi quod agentis interest, idest quod abest re vera. *L. unica. C. de sent. quæ pro eo quod int.* De cujus probatione hoc jus est, ut alias de eo probatio exigatur ab actore; interdum ipsum jurijurando ejus committatur: quod jusjurandum et ipsum dicitur in litem *L.* 5. *in fin. infr.* Id quando accidat, ibi dicetur.

Ad L. *Nummis.* 3.

Ulpianus *lib.* 3o. *ad Edictum.*

Nummis depositis, judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum æstimatio: nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse. Quid enim si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod (quia deposita ei pecunia abneguta est) distractum est.

SUMMARIA.

1. ***Jusjurandum in litem quibus de rebus deferri non possit, et quare.***
2. ***Ad diem constitutum pecunia non soluta, venire præter pecuniam etiam id quod interest creditoris pecuniam sua die solutam non esse, et in eo æstimari etiam eas utilitates, quæ extra rem consistunt.***

1 Hic locus docet non omnibus de rebus jusjurandum in litem deferri posse, etiamsi maxime his actionibus petantur, quæ conditione sua hoc jusjurandum admittunt, et agatur adversus contumaces: simul de quibus non possit deferri, ostendit. Negat enim Ulpianus, *nummis depositis judicem oportere in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod sua interfuit*, et addit rationem, *cum certa sit nummorum æstimatio*. Præter sententiam superiorem de nummis depositis, hac ratione maxime declaratur sic recte de rebus in universum definiri: Quarum rerum certa æstimatio est, quales sunt nummi, vinum, oleum, frumentum, et quæcunque res pondere, numero, mensurave constant: etsi hæ depositæ petantur, aut tanquam res petitoris vindicentur, eædemque dolo aut contumacia possessoris non restituantur, quibus de caussis jusjurandum in litem admitti solet; tamen de his rebus hoc jusjurandum deferri non debere; cæteris in rebus deferri posse, si aliud non impediat. Ratio ducta est ex fine jurisjurandi in litem. Nam hoc jusjurandum vel ob id defertur, ut constet de vera æstimatione rei, quæ ignoratur, et aliter probari non potest, *L.* 5. *in fin. infr.* Vel ut pretium rei arbitrio domini statuatur ex ejus affectione. *L. tutor, infr.* Neutram ob caussam jusjurandum in litem de nummis petitis deferri potest. Nam si nummorum æstimatio quæritur: hæc per se certa est, eoque non indiget alia probatione, multoque minus ad eam rem jurejurando. Si quæritur domini affectio: hæc in nummos et res superiores non cadit. Unus enim aureus solaris, exempli gratia, ab alio utilitate et cummoditate nihil plane differt. Quod in animalibus, hominibus, prædiis, et cæteris rebus, quæ sua specie, non quantitate æstimantur, secus est. Harum enim rerum unaquæque suam vim, suas commoditates, utilitates, voluptates a cæteris multum distantes habet. De domini affectione nihil hic dixit Ulpianus, hanc nimirum in nummos non cadere: quia minus
de eo dubitabatur. † Sed quod dixerat, num- 2
mis depositis non restitutis in litem non jurari, sic accipi vult: si nummi sine die qua redderentur, depositi sint. Quod si convenit, ut certo die redderentur, nec redditi sint: placet jusjurandum in litem deferri posse: non de nummis, quorum cum semper certa sit et una in omnibus æstimatio, hæc jusjurandum non admittit, ut hic non mutet Ulpianus, quod prius dixerat: sed de eo, quod *actoris intersit nummos illi sua die redditos fuisse*. In quo computari ait extra nummos damna, quæ ob pecuniam sua die non redditam contigerunt. Hæc autem esse ostendit, si actor sub pœna pecuniam debuit: quam scilicet quia solvere non potuit creditoribus suis, dum nummos a se depositos non accipit, ideo in pœnam incidit; aut si pecuniam debuit sub pignore, et quia pecunia deposita ei denegatur, pignus distractum est. Nempe jusjurandum in litem hic adhibebitur, ut petitor juret se tantum pœnæ nomine solvisse, ubi id aliter facile probare non possit;

arg. in *L. 5. in fin. infr.* in pignore autem ut juret, quanti sit pignus amissum, non etiam ut id ex affectione æstimet, et debitor ei in tantam summam condemnetur. Non enim ita res æstimatur, nisi adversus eum, qui rem de cujus æstimatione agitur, possidet, et contumacia non restituit; aut quam prius restituere poterat, eam dolo desiit possidere. *L. 2. §. 1. supr. L. tutor, infr.* In proposito autem is qui nummos depositos sua die non reddidit, pignus de quo agitur nunquam possedit, nec in eo non restituendo quidquam dolo fecit, cum a creditoribus actoris solum possessum et distractum fuerit. Sed et priori jurijurando non alias locus erit in hoc pignore æstimando, quam si pignus perjerit. *L. 5. in fin. infr.* Nam si adhuc exstat, satis de vera æstimatione ex inspectione rei constare potest. Sed sive de pœna ista et pignore, quæ hic æstimanda dicimus, jusjurandum actoris admittatur, sive non admittatur: tamen illa sententia Ulpiani manet, semper hæc æstimanda esse, ubi is cum quo agitur, nummos depositos sua die non reddidit, a quocunque ista æstimatio, et quomodocunque probari debeat. Locus in hanc sententiam diligenter notandus: quo efficitur, quoties quid certo die præstandum aut restituendum est, etiam si sit pecunia, vinum, frumentum, et res similes, quarum certa æstimatio est, quæque ex se fructus non ferunt: tamen adjectionis diei hanc vim esse, ut si res sua die præstitæ, restitutæ non sint, debitor teneatur non in res ipsas tantum, sed in id quod actoris interest eas sua die præstitas non esse. Hoc amplius, in eo quod interest, numeranda esse omnia damna ob eam caussam etiam extra rem contingentia: ut, si ideo petitor in pœnam inciderit, aut pignora ejus sint distracta. Quod idem Ulpianus apertius et pluribus confirmat in *L. 2. §. ult. infr. de eo quod cer. lo.* Videtur adversari *L. si sterilis, §. cum per venditorem, infr. de act. em.* Sed de ea objectione opportunius ad *L. quod si Ephesi, in pr. infr. de eo quod cer. loc.*

Ad L. *Videamus.* 4.

Idem *lib.* 36. *ad Edictum.*

Videamus in tutelari caussa quis jurare, et adversus quem possit. Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest. Hoc enim sæpissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum, vel matrem pupilli admittendam, et si parata esset jurare, divi Fratres rescripserunt. Grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento, etiam perjurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adolescentis non esse cogendos in litem jurare, rescriptis Imperatoris nostri et divi patris ejus continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adolescenti tutores vel curatores præstare volunt: auctoritas juris non refragabitur, quin judicio, quod inter ipsos acceptum est, finis ejusmodi possit adhiberi. Non enim ad suam utilitatem jurisjurandi referenda æstimatio est, sed ad domini, cujus nomine tutelæ ratio postulatur. Adolescens vero, si velit, jurare potest.

SUMMARIA.

1. *In litem jurat solus actor, idemque dominus litis, et quis hic dominus intelligatur.*
2. *Ad in litem jurandum cur non admittatur procurator etiam lite contestata.*
3. *Impubes in litem jurare non potest: et cur prohibeatur.*
4. *Adolescens jurare potest, et cur ab impubere et hic et in aliis caussis distinguatur.*
5. *Furiosus, mente captus, prodigus, infans in litem jurare non possunt, et cur.*
6. *Tutelaris caussa hic, quæ.*
7. *Mater ne in caussa quidem pupilli filii admittitur ad jurandum, nisi tutrix.*
8. *Tutor in caussa tutelari volens jurare, potest: invitus non cogitur, nisi in re certo ipsi comperta: et cur utrumque.*
9. *Jurare in litem an cogatur, cui id defertur.*

Initii hujus capitis, et §. *item*, *L. vulgo*, *infr.* conjuncta sententia est. Explicant enim hi loci, cui jusjurandum in litem deferri possit, aut non possit. Quare de his conjunctim et semel hoc loco dicemus. Idque etiam ratio hujus loci postulat. Pendet enim totius hujus initii quæstio et tractatio ex definitione juris de hoc genere tradita in *d. L. vulgo*: ut necesse sit ad rectam explicationem definitionem illam præire. Sit ergo his locis summa hæc quæstio posita, cui jusjurandum in litem deferri possit. De qua ita jus est, ut non cuivis in lite hoc jusjurandum recte de-
1 feratur. † Jam primum constat jusjurandum hoc rei non esse; sed solius actoris. *L.* 2. §. 1. *supr. L.* 5. *in fin. infr. eod.* comparatum videlicet ad sublevandum actorem adversus injuriam rei, qui rem debitam non præstat, ne actor una cum re quæ negatur, etiam de æstimatione ipsa in dubium veniat. Sed ne forte actorem hic intelligamus, qui agere potest, seu qui extra judicium quid petat, res ita definita est a veteribus, ut dicerent alium in litem non debere jurare, quam dominum litis. *L. vulgo, infr.* Is autem dominus litis intelligitur, qui judicio egit, et litem contestatus est. *L. procuratoribus, L. nulla, C. de proc.* Num ergo omnis dominus litis in litem jurare potest? Non statim. Nam et procurator, qui alieno nomine egit, litis contestatione dominus litis efficitur. *d. L. procuratoribus, et d. L. nulla.* Tamen hunc in litem jurare posse non placuit; illum solum placuit, qui et litem contestatus est suo

nomine. *d. L. vulgo.* Et ideo non temere est, quod Ulpianus in *d. L. vulgo*, cum dixisset, *vulgo præsumi alium in litem jurare non debere, quam dominum litis*: subjunxit hæc verba: *denique Papinianus ait alium non posse jurare, quam eum qui litem suo nomine contestatus est.* Non enim hæ definitiones eædem sunt, ut quis putet Ulpianum aliis verbis idem repetere, ut fit interdum explicationis caussa; sed posterior definitio adjicit priori, et hoc significat: non modo alium quam dominum litis in litem jurare non posse; sed ne ipsum quidem litis dominum posse ita jurare, nisi is sit qui vere, idest, re et effectu dominus sit per omnia: ut,
2 quia suo nomine litem sit contestatus. † Sed cur procuratori post litem contestatam non liceat jurare in litem adversus eum, qui rem non restituit: cum procurator litis contestatione ita dominus efficiatur, ut cæteris in rebus se in ea lite possit pro domino gerere, puta procuratorem in eam litem dare? *d. L. nulla, C. de proc.* Quia etsi lis adversus reum juste æstimanda est jurejurando; tamen eum falsa aut dubia æstimatione lædi non oportet. Quæcunque autem æstimatio hic exigetur, ea certa non est procuratori. Si de vera æstimatione rei agitur: non ita vires rei ei notæ esse possunt; certe non ita esse solent, ut domino. Si quæritur de domini affectione: hæc vero soli domino cognita esse potest; solusque de ea potest affirmare dominus, non procurator. Hactenus *L. vulgo*, qua nihil excipitur, quo minus si quis litem suo nomine contestatus sit, ei jusjurandum in litem recte deferatur.

Sed adjiciendum est ex hoc loco, ne omni quidem domino litis, etiam qui suo nomine litem sit contestatus, jusjurandum in litem deferri posse. Judicium, quod satis sit ad rem æstimandam, in actore exigimus. Hinc quæsitum de minoribus viginti quinque annis, quorum etsi aliquod judicium est de rebus, nondum tamen satis certum est, et firmum propter ætatem. *L. 1. supr. de minor.*
3 † Et exceptus est impubes, etiam qui tutore auctore suo nomine egerit, ut potest. *L. 2. C. qui leg. pers. stan. in jud. ha.* De quo Ulpianus scribit hoc loco statim *in pr.* his verbis: *et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest in litem jurare.* Hoc enim sæpissime rescriptum est. In quo verba primum expendamus. Cur enim dicit, pupillus, si impubes est: cum non possit esse pupillus, nisi sit impubes? *L. pupillus, infr. de verb. obl.* Quod perinde est, quasi dixisset: et quidem ipse pupillus, si pupillus est; aut, et quidem ipse impubes, si impubes est: quorum utrumque est ridiculum, cum si pupillus est, non possit, quin sit pupillus. Et videtur ita locutus esse vitandæ ambiguitatis caussa, quæ ex usu loquentium in hoc verbo nasci potest. Non enim solum pupillus is dicitur, qui vere pupillus est, sed interdum ἀναφορικῶς is, qui pupillus fuit; quod fit, cum de re ad priorem tutelam pertinente agitur. *L. si tutor post, L. cum pupillus, infr. de tut. et rat. dist.* ut et vice versa tutor dicitur agere et conveniri tutelæ nomine finita tutela, quo tamen tempore tutor esse desiit. *d. L. si tutor post, L. cum pupillus, de tut. et rat. dist.* Sic et insula dicitur, quæ aliquando fuit insula, in *L. insula, in fin. infr. de acq. rer. do.* Ne quis ergo ex hoc usu tunc eum de pupillari caussa quæstio posita erat, ut hic erat, verbo pupilli intelligeret, etiam eum qui pupillus fuisset, nunc non esset: adjecit Ulpianus, *pupillus si impubes est*: ut hoc sic accipiatur: pupillus, si modo adhuc pupillus est; idest, si adhuc est impubes: dum significare vult eum se dicere, qui vere pupillus est; non etiam eum, qui per abusionem aliquando ita dicatur, idest, eum qui aliquando pupillus fuit, etiamsi de tutela ejus agatur. De pupillo loquitur, idest, impubere, qui sui juris est. *d. L. pupillus, infr. de ver. sig.* quia de eo posita erat quæstio. hoc loco. Et præterea olim non facile eveniebat, ut impubes filiusfamilias judicio ageret, cum fere quidquid is qui in potestate est, acquireret, id patri acquireretur. *L. placet, infr. de acq. her. L. 1. in princ. infr. si a par. quis man. sit.* Sed non minus et hoc de impubere filiofamilias intelligendum est, si quando res feret, ut suo nomine litem contestetur. Denegatur hoc jusjurandum ætati, non statui personæ. Et si juris personæ hic ulla ratio haberetur: facilius quid, tribueremus sui juris facto, quam ei qui est in patris potestate, arg. in *L. ult. §. 1. infr. de ver. obl.* Et certe omnis paterfamilias, hoc ipso quod sui juris est, plus juris habet, quam qui est in patris potestate: cum potestas patris libertatem personæ minuat. Non dubium igitur, quin hoc jus ad omnem impuberem pertineat, et maxime si sit in potestate. Finge filiofam. impuberi delatam esse hereditatem matris, quæ jam olim etiam temporibus Ulpiani, quæsita, ad filium pertinuit. *L. pen. infr. ad SC. Tertyl.* finge aliam quamlibet hodie esse delatam, patrem autem aut nolle filio adeunti consentire, aut non posse, quia sit furiosus; ideo impuberem qui aliquem intellectum habuit, herededitatem adiisse, atque hoc modo sibi quæsiisse: quod illi per

constitutiones facere conceditur, et quidem ita, ut nihil hinc patri acquiratur. *L. ult. §. sin autem in secunda, C. de bo. quæ lib.* Si impubes ex his bonis quid persequatur judicio: ut maxime litem suo nomine sit contestatus, quod patre consentiente potest, ut et ad consentiendum pater cogitur: *d. L. ult. §. 1. in fin. C. de bo. quæ lib.* tamen ne sic quidem in litem jurare poterit, quamvis genus actionis hoc jusjurandum admittat: ut, quia in rem agatur, aut ad exhibendum. *L. 5. infr.* Ætati, ut dixi, hoc denegatur, non statui personæ: et ætati propter ignorantiam ætatis et inopiam judicii: quæ in omnibus impuberibus est eadem. Recte autem fit, si hoc jusjurandum illi ætati non permittitur; est enim de re æstimanda. Hanc ille pro ætate recte æstimare non potest: quoniam neque veram æstimationem satis novit: et si de affectu ejus quæritur, aut illius nulla affectio est in rem petitam, aut est immoderata, nec sensu utilitatis aut commoditatis, quæ inde percipi potest, regitur. Sed cur pupillus de lite tota jurare potest, et servandum est jusjurandum; *L. qui jurasse, supr. de jur.* jurare autem in litem, idest, in litis æstimationem non potest? Quia prius fit deferente adversario, eoque et volente, nec aliter impuberis jusjurandum valet. Unde et jusjurandum omne, quod non est in litem, dicitur ex conventionem proficisci, et valere propter conventionem. *d. L qui jurasse, §. ult. L. sed etsi servus, supr. de jur.* Volenti non fit iniuria. *L. nemo videtur, infr. de reg. jur.* At jusjurandum in litem a judice defertur invito adversario. Adversus invitum concedi non debet, quod speciem habet iniuriæ. Sed cur in impubere non distinguimus, utrum infans sit necne: ot ei qui infantiam excessit concedamus jurare in litem: sicut et alias ei conceditur quidvis gerere quo sibi acquirat. *§. pupillus. Inst. de inut. stip.* cum et hoc jurejurando pupillo acquiratur? fit hoc eadem ratione, qua superius. Acquirere enim potest; quod datur a volentibus: jusjurandum autem in litem non est nisi adversus invitum. Hæc de im-
4 puberibus. † Quid adolescentes? nam et horum judicium non satis firmum esse constat: unde et si quid gesserint, in integrum restituuntur. *L. 1. supr. de minor.* Et de his non idem placuit. De quibus sic Ulpianus in hac L. §. 1. in fin. *adolescens vero si velit, jurare potest.* Nec mirum: plus enim judicii est in adolescente. Certe tantum intelligentiæ capit ea ætas, ut aliorum monitu de rebus communibus, earumque æstimatione possit judicare. Et vero in omnibus quæ judicio administrantur, ubique impuberes a puberibus distingui videmus: illa ut puberibus tribuatur, adimantur impuberibus. Impubes testamentum facere non potest, quia res judicii est testamenti factio: *§. præterea, Inst. quib. non est per. fac. test.* pubes potest. *L. qua ætate, infr. qui test. fac. poss.* Pupilli sine tutoris auctoritate consensu obligari non possunt, sive tutores habeant, sive non habeant. *Inst. de auct. tutor.* Adolescentes obligantur, si non habeant curatores. *L. 3. C. de int. rest. min.* Inde et pupillos in tutorum potestate esse placuit, velint nolint: *§. pen. Inst. de act. tut.* Adolescentes autem inviti curatores non accipiunt, preterquam in litem *§. item inviti, Inst. de cur.* Valuit distinctio et ratio etiam in hac caussa, dum adolescentibus tribuitur, ut in litem jurare possint; quod pupillis denegatur. Quod ait Ulpianus adolescentem in litem jurare posse, et addit, si velit: satis aperte significat, si nolit, non cogendum. Id quoniam de adolescente tantum dicit, dubitari potest, num sit proprium adolescentis, et recusato pro potestate jurejurando, quomodo actori de æstimatione litis credatur. Sed hoc alterius loci est, et ad libertatem aut necessitatem hujus jurisjurandi suscipiendi pertinet. Cujus necessitatis cum mentio fiat in *L. ult. infr. ibi* convenientius exponetur. Hæc de minoribus tantum dicta sunt: quia in hos solum cadit justa dubitatio, cur putentur posse jurare, quamvis sint pupilli; aut non posse, quamvis sint adolescentes: illi, quia eorum aliquis intellectus et aliquod judicium est, quam ob caussam et in negotiorum administratione multa illis concessa sunt: hi quia non ita firmo judicio sunt prædidi, ut omnia recte æstimare aut tractare possint: unde illis parata restitutio in integrum. † De furioso, 5
mente capto, prodigo, infante nihil hoc titulo cautum legimus. An quod solus pupillus, de quo hic dicitur, in litem jurare non potest, superiores autem possunt? Imo ideo, quia supervacuum fuit monere hos in litem non posse jurare: cum constet omnes aut mente, aut intellectu et judicio carere, et hactenus in eadem caussa haberi. *L. in negotiis, L. furiosi, infr. de reg. jur. §. pupillus, Inst. de inut. stip. L. 1. §. ult. infr. de obligat. et act.* ut vel natura ipsa admoneat, cum alia gerere non possint, multo minus posse eos judice affirmare quid de re aliqua, nedum possint rem æstimare, aut de eo confirmare jurejurando. Sed et hi excipi non debuerunt: quoniam satis verbis definitionis superioris excluduntur. Illa enim admittit ad jusjurandum in litem solum actorem, et eum qui

suo nomine litem sit contestatus. Furiosus, mente captus, et infans ut alia negotia gerere non possunt, sic multo minus judicio agere, et litem contestari. *L. in negotiis, de reg. jur.* Prodigum etiam metus collusionis, et profundendæ actionis furioso similem facit, *L. is qui, in fin. infr. de tut. et cur. L. furiosi, de reg. jur.* eoque et a judicio excreendo removet. Ita ex his, qui sunt domini litis, et litem suo nomine contestati sunt, solus excipitur impubes, qui in litem jurare non possit, cæteris hoc conceditur.

Quid hi, qui litem suo nomine contestati non sunt? hos omnes superior definitio ab hoc jurejurando excludit, etiam si sint sanæ mentis homines et intelligentes, atque adeo litem contestando domini litis effecti sint. Hinc quæstia hoc loco tractata, in tutelari caussa quis jurare possit: nam pupillum ipsum jurare non posse jam diximus; idque pro certo sumit hoc loco Ulpianus: et tamen pupillo consuli æquum est, ne ætas noceat, quæ solet illi subvenire. *L. non eo, C. de proc.*

6 † Tutelarem caussam aperte non vocat Ulpianus caussam in qua de tutela agitur, idest, qua pupillus adversus tutorem agit tutelæ: non solum quod constante tutela cum tutore tutelæ agi non potest: *L. nisi finita, L. si tutor, 9. §. si testamento, §. ult, infr. de tut. et rat. dist.* sed etiam quod, etsi agere liceret, tamen in ea actione tutor reus est, et non ipse jurarel in litem, sed adversus eum juraretur ab actore. Nunc autem Ulpianus ejusmodi caussam hic proponit, in qua postea tutorem ait jurare, posse in litem. Non igitur ejusmodi caussam, in qua pupillus tutelæ agat, intelligat. Totelaris caussa hic dicitur caussa exercitatione quidem tutoris, ad tutelam tamen, seu ad rationem et administrationem tutelarem pertinens; quod ita fit, si pupilli quidem caussa sit emolumento, sed quam tutor, ut tutur, idest, pro ratione officii et tutelæ exerceat, idque ex persona sua, dum agit ipse, et rem in judicium deducit, quod potest. *L. 1. §. ult. L. vulgo, infr. de admin. tutor.* Nam si res sit propria tutoris, nihil hæc ad tutelam pertineat, eoque nec sit tutelaris. Rursum si sit ita res pupilli, ut in ea pupillus ipse agat, etsi maxime agenti tutor auctoritatem præstet (quomodo etiam de re ad pupillum pertinente agi potest. *d. L. 1. §. ult. de adm. tut.*) tamen ne hæc quidem caussa sit tutelaris, ut quæ tota sit pupilli, et re seu emolumento, et exercitione. Finge ergo tutorem rem aliquam pupilli depositam repetere, aut rem pupilli vindicare, et per contumaciam rem non restitui, ut ob id lis jurejurando æstimanda sit adversus contumacem. Quis in litem jurabit? Nam ut Ulpianus ait *pupillus ipse jurare non potest*, et quidem hoc ipso, quod est pupillus: ut quamvis ipse suo nomine litem contestatus esset auctore tutore, tamen ne sic quidem jurare posset. Nemo ergo jurabit, et ita res peribit impuberi? an potius aliis concedendum est, ut jurent hujus nomine? sed pupillo, ut dixi, consulendum est. † Num ergo concedetur matri? et 7 placuit nec matrem pupilli esse admittendam, etsi parata esset jurare, ut hic scriptum est. Non quod propter affectum in filium in immensum juratura sit, ut Accursius putat. Alioqui nec actori ipsi in caussa sua permitteretur hoc jusjurandum: nec si mater tutrix esset, jurare posset in caussa filii quod hic sub persona aliorum tutorum negatur: sed quia mater, quæ tutrix non est, in caussa filii nec domina est litis, nec pro domina habetur. Et certe alius quam dominus sine iniuria in litem jurare non potest: nam si minoris rem æstimat, quam ex sensu domini domino satis non fit: si pluris, fit reo iniuria. Restat tutor, cui videatur hoc jusjurandum committi posse. An ergo huic committetur? at ne hic quidem videtur posse jurare; quoniam rei dominus non est: dominum autem hic exigimus. *L. vulgo, infr.* Eadem quæstio est et de curatore in caussa adolescentes. Et de utroque statuit Ulpianus in §. 1. si judicium inter ipsos, (supple et alios cum quibus judicium intercedit) acceptum sit, et pro affectu erga minores suos hoc jusjurandum a judice delatum suscipere non recusent, jus non obstare, quo minus judicium hoc modo finem accipiat, idest, quominus illi ita jurent, ut cum juraverint, judex sequi josjurandum, et tanti reum condemnare debeat. Atenim tutor rei dominus non est. Revera non est; sed jure pro domino habetur, cum tutelam administrat. *L. tutor qui tutelam, infr. de adm. tut. L. qui fundum, §. si tutor, infr. pro empt. L. interdum, §. qui tutelam, infr. de fur.* Idemque de curatore dicendum est: quem placet pro potestate non minus rem adolescentis in judicium deducere; *L. 1. §. ult. infr. de adm. tut.* At illud certe iniquum est jurare ipsos de utilitate sua, cum domini non sint: in hoc autem jurejurando de utilitate jurantis agatur, non aliena. Huic obiectioni occurrit Ulpianus sub finem §. 1. *non enim* inquit, *ad suam utilitatem jurisjurandi referenda æstimatio est, sed domini: cujus nomine tutelæ ratio postuletur.* Fatetur his verbis iniquum esse admitti istos ad jurandum in litem in caussa pupillari, si quidem rem ex sua utilitate æ-

stimarent; sed eos de utilitale æstimarent: sed eos de utilitate sua jurare negat, ad domini enim utilitatem æstimationem jurisjurandi referre debent, non ad suam; ejusque rei argumentum esse ostendit, quod domini nomine ratio tutelæ postuletur. Quasi diceret: tutor in caussa pupillari, idest, ad tutelam pertinente non debet jurare nisi ut tutor, seu quatenus tutelæ ratio patitur; ut proinde jusjurandum tutoris ad rationem hanc tutelæ accommodari debeat. At ratio tutelæ, quam quandoque finita tutela tutor reddere cogitur, postulatur nomine domini, et ideo hujus solius utilitatem continet. Quo fit, ut jusjurandum quemadmodum rationem tutelæ, sic nec utilitatem domini excedere debeat, sed totum ad hujus utilitatem referri. Recte autem dixit, et salva ratione Latini sermonis, *ad suam utilitatem referenda æstimatio*, cum videretur dicendum fuisse, ad eorum utilitatem. Nam in verbo, *referenda* subaudire oportet, *ab his:* nempe tutoribus et curatoribus, de quorum officio in hoc jurejurando loquitur, et oratio sic accipienda, quasi ita scriptum esset; non enim ab his suam utilitatem jurisjurandi referenda æstimatio est; qua forma orationis recte usus est reciproco. *suam*, quod scilicet ad easdem
8 personas rediret, quæ præcesserunt. † Sed, jurabunt isti in litem in caussa minorum suorum, si volent: invitos autem cogendos non esse jurare sæpe constitutum esse docet. *Grave enim*, idest, non ferendum, ac proinde iniquum videri, *invitos sub alieni compendii emolumento etiam anceps periurium subire.* Anceps, ut in re non satis illis perspecta, aut quam dubiam habeant. Jurant illi quidem in caussa pupilli vel adolescentis de calumnia, *L. 2. §. quod observari, C. de jur. prop. cal. dan.* sed ideo, quia de calumnia sua jurant, re sibi comperta; in qua ideo periurium anceps metuere non possunt. Sed et interdum in caussa minorum de re etiam ipsa controversa jurare coguntur. Verum hoc quoque ita, si agatur de re probe illis cognita; puta de fideicommisso ab ipsis relicto quod non magis ignorare possunt testamento relictum, quam se tutores datos, ut est species. *L. 5. C. de reb. cred.* Cæterum de re ignota et facto alieno jurare ne in caussa quidem propria quisquam cogendus est. *L. Marcellus. §. jurare. infr. rer. amot.* et hoc propter metum ancipitis periurii, ut hic recte scriptum est.

† ADOLESCENS VERO) *Adolescens*, inquit, *jurare potest si velit.* Ergo si nolit, non cogitur; idque facit impune: non ut credatur ei iniurato: sed ut recusato jurejurando admittatur ad veram rei æstimationem legitimis modis probandam. Quid cæteri, quibus hoc jusjurandum delatum est, an jurare cogendi sunt? nam soli adolescenti hic tribuitor, ut juret, si velit. Jam nonnulli quæstionem alterius loci esse, et ad necessitatem hujus jurisjurandi suscipiendi pertinere, quam locum ad *L. ult. infr.* attingemus. 9

Ad §. *Deferre autem.*

Deferre autem jusjurandum judicem oportet. Cæterum si alius detulerit jusjurandum vel non delato, juratum sit, nulla erit religio, nec ullum jusjurandum, et ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri, et divi patris ejus.

SUMMARIA.

1. *Jusjurandum in litem solus recte defert judex.*
2. *Reus ipse etiam inutiliter defert: dum tamen id accipiatur, quod ex contumacia rei defertur.*

1 *Deferre*, inquit Ulpianus, *jusjurandum judicem oportet. Cæterum si alius detulerit jusjurandum, vel non delato eo, juratum sit: nulla erit religio, nec ullum jusjurandum.* Ex quo intelligimus, etsi reus ipse detulerit, tamen ne sic quidem jusjurandum reo nocere, ut id judex sequi cogatur: quia alius jusjurandum detulit, quam judex, judicem autem deferre oportet. Quid ergo sibi vult, quod idem definit in *L. 5. in pr. supr.* de jurejur. *omne omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari idoneum esse, et si ex eo fuerit juratum prætorem id servare?* Loquitur nimirum ibi Ulpianus de eo jurejurando, quod a litigatore defertur adversario, ut aperte verba o-

stendunt. Ait enim: *per quod voluit quis sibi jurari:* sibi inquam, non alii. Quod ad jusjurandum in litem non pertinet, ubi judex jurari vult, non sibi, sed actori. Hoc agit de jurejurando in litem, quod defertur a judice, non a litigatore: idque ex eo manifestum est, quod *judicem jusjurandum deferre oportere* ait. Nec quem moverit, quod absolute et generaliter jusjurandum nominat, nec addit in litem, sed ita scribit; *Deferre autem jusjurandum judicem oportet.* Cum enim hoc toto capite ageret de jurejurando in litem, ac de eo dicere instituisset; jurisjurandi verbum ad id de quo agebatur, retulit, quasi dixisset: *deferre autem jusjurandum*, nempe hoc de quo agimus, *judicem oportet.* Etsi autem neque ante nominavit in litem, neque etiam postea diserte nominat: tamen de jurejurando, de quo agit, ea dicit, quæ in aliud jusjurandum cadere non possunt. Quale est hoc primum, quod dicit judicem id deferre oportere. Item, quod dicit hic *jurare in infinitum licere, et judicem posse modum statuere jurijurando.* Denique quo in extremo ait, *ex culpa non esse jusjurandum deferendum.* Quæ omnia in jusjurandum in litem solum conveniunt; neque id quodvis in litem, sed id quo lis ex contumacia non restituentis aut non exhibentis arbitrio domini æstimatur, etiam ultra rei pretium: quod per excellentiam absolute jusjurandum appellatur. *L. 1. sup. L. 5. L. tutor, infr. eod.* Ex quo apparet, hoc fragmentum inde sumptum fuisse, ubi Ulpianus de jurejurando in litem agere nominatim instituerat: cum autem satis haberet id proposuisse, deinceps nominasse simpliciter jusjurandum, ut intelligeretur id de quo quæsitum erat: atque hæc posteriora in hunc locum traslata fuisse a compositoribus. Ubi non minus ex cunctis propriis ipsum illud jusjurandum in litem, quod dixi, intelligitur. Hoc vero *judicem deferre oportet: et si alius*, quamvis reus ipse *detulerit*, sententia Ulpiani manifesta est, *nullum esse jusjurandum*, idest, non id quod judex sequi cogatur, aut ex quo in-
2 vitus reus condemnari debeat. † Etsi alius deferat, quum reus, expeditum est. At reo deferente, cur ei jusjurandum non noceat? Movet, quod aliud omne, quod non est in litem, adversus eum qui detulit, servari placet: non quod non sit in litem, sed quia ut juris auctores tradiderunt, proficiscitur ex conventione, et speciem transactionis continet: ideo servandum propter religionem et conventionem, seu transactionem. *L. 2. L. sed etsi servus, L. qui jurasse, seq. §. ult. L. admonendi, supr. de jur.* et quod idem valet, quia æquum est adversus eum *custodiri qui contentus eo, cum deferet, fuit.* d. L. qui jurasse, in pr. Concurrunt hæc omnia etiam in eo jurejurando, quod in litem a reo defertur. Nam et hoc defertur in controversia de æstimatione, et cum adversarius id detulit, eadem hæc religio et conventio est in jurejurando. Cur ergo, inquam, ob easdem caussas non pariter jusjurandum valeat, et adversus deferentem servetur? contra, *L. illud, supr. ad L. Aquil.* Quia hoc amplius est in hoc genere, quam in aliis, quod aliud omne jusjurandum litis decidendæ caussa adhibitum, interponitur de re ad litigatorem omnino pertinente. In jurejurando hoc in litem etiam res judicis agitur. Adhibetur enim, ut puniatur contumacia non restituentis, aut non exhibentis. *L. 2. §. 1. supr. L. tutor, infr. eod.* Hæc contumacia adversus judicem committitur, cui jubenti non paretur. Merito igitur jurisjurandi delatio ut in re maxime judicis, arbitrio ejus et potestati permittitur. Quæ omnia ostendunt, quod hic dicitur, judicem hoc jusjurandum deferre oportere; sic dici de eo jurejurando, quod ex contumacia defertur, ut sit ejus jurisjurandi proprium. Quare si ex culpa deferetur actori jusjurandum in litem id, quod ejus interest, ut fit interdum: *L. 2. §. 1. supr. L. 5. in fin. infr. eod.* sciemus definitionem ad id jusjurandum non pertinere, nec quidquam prohibere, quominus reus recte id deferat, et eum detulerit, adversus eum ex generali regula superioris edicti servetur. *L. 5. supr. prox. tit.* quod semper ita accipiendum est, dummodo reus præsente judice id deferat, ut in omni judiciali jurejurando fieri debere præcipitur in *L. generaliter. §. omne igitur. C. de reb. cred. et jur.* Sed et illud, quod de priore jurejurando hic dicitur, nullum esse id jusjurandum, si reus detulerit, non judex, sic accipiendum est: ut nullum sit, si quidem reus postquam juratum est, eo teneri nolit. Cæterum si postquam detulit, et juratum est, velit etiamnum jurijurando stare, consentiatque, ut in eam æstimationem sententia feratur; non est in potestate judicis id non sequi, quasi ipse jusjurandum non detulerit. Quoties enim convenit inter litigatores, quid pronuntietur, judicis officium est hujusmodi sententiam proferre. *L. si convenerit. infr. de re jud.* Nec contrarium est, quod hic absolute nullum esse jusjurandum dicitur, quod a judice delatum non est. Nam ne nunc quidem valet, cum judex volente reo id sequitur. Non enim in eo sequitur

jusjurandum, sed posteriorem conventionem: cum et sine hac nullum jusjurandum foret, et sine jurejurando si placeret actoris æstimationem servari, non minus judicem hanc conventionem sequi oporteret.

Ad §. *Jurare autem.*

Jurare autem in infinitum licet. Sed an judex modum jurjiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione, in immensum juretur, quæro? Et quidem in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum necne, constat. An igitur qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem jurjiurando dicere, quæritur? Arbitrio sane judicis bonæ fidei et hoc congruit.

SUMMARIA.

1. *Quod in litem juratum est, judex sequi debet, etsi* in infinitum *reus juraverit: et n.* 3.
2. In infinitum, *quid.*
3. *Taxationem adjicere potest judex jurijuranda in litem. ab initio; qua non adjecta judex jusjurandum sequi cogitur, quamvis in immensum juratum sit.*
4. *Taxatio quid, et maxime hoc loco.*
5. *Non deferre jusjurandum in litem an possit judex, et quando.*

1 † Hic locus est de vi jurisjurandi in litem in quo quæritur, an judex tanti reum condemnare debeat, quantum petitor in litem juraverit, etsi in immensum juraverit; an vero sit in potestate judicis id jusjurandum non sequi. Sententia summa Ulpiani est *hoc §. et seq.* si quis deferente judice juraverit in litem quamvis in infinitum, judicem tamen id sequi debere: nisi aut is modum statuerit, ad quem usque juraretur, et actor hunc modum excesserit: aut magna aliqua caussa id non sequi suadeat: ut constet locus definitione una, cui adjunctæ sint duæ exceptiones. Ait ergo: *jurare autem in infi-*
2 *nitum licet.* † *In infinitum*, valet, quod postea aliis verbis explicat, *in immensum*, idest etiam in eam summam, quæ longe rei pretium, ac pene modum in eo excedat: certa sit tamen et pronuntiatione finita, non incerta. Neque enim *infinitum* accipere debemus, de quo actor nihil jurejurando definiat, quasi liceat jurare hoc modo: fundum meum tanti æstimo, quantum dicere non possum. Quod ridiculum est: sive quod qui ita jurat, id dicit, quod non intelligitur, quod perinde est, quasi dictum non esset: *L.* 2. *infr. de his quæ pro non script. hab.* sive quod stultum est ita jurare, ut secundum id sententiam judicis expectes, ubi nihil certi dicas, judicem autem sententiam certam ferre oportet. *§. curare, Inst. de action.* Est ergo, ut dixi, hic sensus: licere petitori jurare in quamcunque velit summam, etsi immensam: dum tamen certam dicat, ad quam litem æstimet. Cur ergo dicitur infinita? non quod pronuntiatione petitoris finita non sit; sed quod verbis legis sit infinita; quoniam quibus legibus de hoc jurejurando cautum est, certa quantitas non adjicitur, ad quam usque juretur; sed sine ulla præfinitione juris licet in hanc aut illam summam jurare. *L. arbitrio, supr. de dol.* † Quod ait Ulpia- 3
nus ita jurare licere, significat ita licere, ut cum juratum fuerit, jusjurandum servandum sit, et judex id sequi debeat: neque enim licet, nisi quod jure licet: et quod jure fit, ratum est; ut, quod contra jus, irritum. *L. non dubium. C. de leg.* Idque ex similibus orationibus licet intelligere: ut, cum dicimus liceri pacisci contra edictum ædilium. *L. pacisci, supr. de pact.* item licere creditori pignus distrahere *L.* 4. *infr. de pig. act.* quorum utrumque ita dici constat licere, ut et illic pactio, et hic venditio et alienatio rata sit. Sed, ne non necessarias probationes aliunde accersamus, ubi hoc ipso loco constet de sententia auctoris: ipse Ulpianus in *§. seq.* definit magis esse, ut judex possit hoc jusjurandum non sequi, sed ex magna caussa. Quo aperte confirmat, nisi hæc magna caussa sit, non posse judicem, quin id sequatur, quantumvis actor pretium rei, ac

modum etiam expresserit. arg *L. si quis. §. ult. supr. de eden. L. quod dictum, infr. de pact.* Quod ipse idem apertius expressit in *L. qui restituere, supr. de rei vind.* cum ait, si possessor dolo fecerit, quominus possetrem restituere, damnandum eum esse, *quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit.* Ut quamvis excesserit actor duplum rei petitæ, aut triplum, atque adeo quadruplum: tamen non dubia sit sententia Ulpiani, judicem nisi quæ magna caussa prohibeat, id sequi oportere. Neque id mutavit constitutio Justiniani. *L. unic. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* qua cautum est, ne id quod interest egrediatur duplum rei in obligationem aut petitionem deductæ. Non enim hoc jusjurandum est in id, quod actoris interest, sed quanti actor rem æstimet, idque pro arbitrio et ex affectu: quæ res inter se ut contrariæ opponuntur. *L. tutor. infr. eod, L. non a judice, supr. de jud.* Sed et in hoc jurejurando contumacia non restituentis punitur. *d. L. tutor. infr.* cum hoc expedit metui delicti pœnam: *L. si unus §. pacta, supr. de pact.* tum vero lex Justiniani ad casus incertos, in quibus sunt delicta, non pertinet, ut ad eam legem docuimus.

AIT, SED AN JUDEX MODUM JURIJURANDO STATUERE POSSIT) Prior exceptio est superioris definitionis. Licet infinitum jurare, ut servetur jusjurandum nisi judex modum statuerit jurijurando, ad quem usque juretur: tum enim ultra jurare non licet: *L. si quando, C. unde vi,* et si juratum sit, hactenus nullum est jusjurandum quasi nec delatum. hac *L. §. deferre, supr.* Hoc tamen ita, si possit judex hunc modum statuere. Unde an possit, quærit Ulpianus. Non abs re. Non enim id judicem posse statim dixeris. Repugnare videntur leges. et ea edicta quæ sunt de hoc jurejurandu: quibus cavetur reum tanti damnandum, quanti actor in litem juraverit, nec ulla certa quantitas adiicitur. *L. arbitrio,in pr. supr. de dolo, L. tutor, infr. eod, L. si filiofam. §. 1, infr. sol. mat. L. si cum dos. §. ult. infr. rer. amo.* quæ verba omnem taxationem excludere videntur. Et probat Ulpianus posse judicem statuere hunc modum, ut inter certam quantitatem juretur, quam excedere non liceat; nempe ut dicat hoc modo: video te æstimare fundum tuum octingentis aureis: nimium hoc est. Licet tibi in litem jurare, dum ne ultra sexcentos aureos. Ac ne forte propter superiora verba legum aut edictorum de eo dubitetur, utitur hoc argumento, quod judex possit a principio nec jusjurandum deferre; quod et dicitur in *L. 5. seq.* Quod si verum est, recte colligit. Nam qui potest non deferre in totum, multo magis potest pro parte non deferre; Argumentum illi simile: Si re nondum secuta ab emptione abiri potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? *L. jurisgentium, §. adeo, supr. de pact.* Pro parte autem tantum jusjurandum in litem non defertur, cum taxatio jurijurando adiicitur. Sed *et arbitrio bonæ fidei judicis,* inquit, *hoc congruit.* Hæc ille ad hanc sententiam. Quæ amplius consideranda sunt. Est enim, quod dubitetur non solum de exceptione ipsa et verbis exceptionis, sed multo magis de superiore ratione, vixque esse videtur, ut hæc deferendi possit. Exceptio hanc definitionem habet, judicem posse taxationem adiicere jurijurando, ultra quam frustra juretur. Videndum, ne idem Ulpianus hoc neget in *L. qui restituere, supr. de rei vind.* ubi hæc verba ejus leguntur quæ jam ante retuli: *si reus dolo fecit quominus possit rem restituere, damnandum eum, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit.* Sed nihil in illis verbis non maxime cum hoc loco consentiens. Negaret illis verbis, quod hic definit, si diceret reum damnandum sine ulla taxatione; cum hic dicat taxationem a judice adhiberi posse, quam postea idem judex in sententia sequatur. Nunc autem dicit reum damnandum, quantum adversarius *sine ulla taxatione juraverit,* ut hæc verba, *sine ulla taxatione,* non ad judicem damnantem, sed ad adversarium jurantem referantur. Sic res habet, ut cum juravit actor sine ulla taxatione, idest, nulla taxatione a judice præfinita, judex hoc ipsum sequi, et tanti reum damnare debeat: aliter atque si taxationem in deferendo adjecerit. Quod ille non modo non negat hoc loco, sed maxime confirmat. Ait enim licere in infinitum jurare: et hoc totum excipit, nisi judex juraturo quantitatem certam præfinierit, intra quam juraretur. Sed enim et hoc ipsum ex verbis hujus loci in dubium revocatur, an cum actor sine ulla taxatione præcedente juravit, debeat judex tanti reum damnare, nec possit jurisjurandi quantitatem minuere. Ac potius verba contrarium efficere videntur. Scribit enim Ulpianus simpliciter, judicem posse taxationem jurijurando adiicere, nec adiicit, quando possit, utrum ante, an post jusjurandum. Unde argumentum ex generalitate orationis juris auctoribus usitatum duci videtur, ut definitio ad utrumque tempus generaliter referri debeat: et quamvis sine ulla præfinitione in infinitum juratum sit, non tamen necesse habeat

judex id sequi; sed possit etiam post jusjurandum taxatione adhibita reum minuris condemnare, arg. in *L. metum*, 9. §. *animadvertendum, supr. quod met. caus. L. item veniunt*, §. *a quo, supr. de her. pet. L. de pretio, supr. de publici.* Quod et vulgo interpretes hoc loco admiserunt. Quod si recipimus, jam nihil caussæ est, cur non contrariam illam ejusdem sententiam putemus, cum ait reum ex dolo non restituentis tanti damnandum, quantum adversarius in infinitum juraverit; *d. L. qui restituere, supr. de rei vind.* etsi maxime illic adversarium sine ulla taxatione præcedente jurasse interpretemur. Non enim reus necessario in infinitum et sine ulla taxatione damnandus est, si est in potestate judicis etiam post id jusjurandum reum ita non damnare.

Quo fit, ut de sententia horum verborum, POSSE JUDICEM TAXATIONEM JURIJURANDO ADJICERE, vel hoc nomine diligentius cognoscendum sit. Minime vero in his verbis ac toto hoc loco hæc Ulpiani sententia est, posse judicem post jusjurandum interpositum modum jurijurando adiicere, ubi nulla taxatione ab initio præfinita juratum est; sed solum posse ab initio tunc cum jusjurandum defert, ut nisi id fecerit, jam omnino jusjurandum sequi debeat, nisi ex magna caussa; quo sensu jam dixi inter hos locos optime convenire. Manifesta autem hæc ejus sententia est ex §. *seq.* ubi aperte dicit judicem qui jusjurandum detulit, non posse non sequi id nisi ex magna caussa, et postea repertis probationibus: loquiturque non obscure de eo, qui, aut nulla taxatione præfinita juravit, aut præfinita quidem, sed constitit intra taxationem: ut si jusjurandum minuendum sit postea, non possit minui ob præcedentem taxationem adjectam. Hoc autem ait judicem minuere aut reiicere non posse, et solum magnam caussam ac repertas postea probationes excipit: de quo illic plura. At enim Ulpianus simpliciter hic dicit, judicem posse taxationem adiicere jurijurando, nec quidquam distinguit. Non recte movemur his verbis, ut putemus eam generaliter dicere judicem posse modum adiicere jurijurando quovis tempore,
4 etiam postquam juratum est. † Nam neque verbum taxationis generale est, ut ad posterius quoque hoc tempus pertineat; et si pertineret; non est tamen hæc mens Ulpiani ut ad id referri debeat. Taxare non est minuere id quod factum est, sed modum statuere rei futuræ; at ut Festus significat *Lib.* 17. taxatio est, cum quid alicui faciendum permittitur, sed certo præstituto modo, ad quem usque illi in eo progredi liceat. Ait enim taxationem dictam, cum arbitro præscribebatur, quod jus ei esset statuendi; ut taxationem adiicere jurijurando sit non detrahere de eo quod jam juratum est, sed facere jurandi potestatem certa præfinita quantitate, intra quam juretur; quod fit re integra, et nondum secuto jurejurando. Atque hanc vim et significationem esse taxationis, quæ jurijurando in litem adiicitur, aperte declaratur in *L. si quando, C. unde vi.* Ubi de hac taxatione ita scribitur, ut taxatio præcedat, jusjurandum in litem sequatur ita, ut actori non liceat ultra taxationem a judice, ante factam jurare. Apertius Justinianus hoc de voce taxationis confirmat *Novel. de judicib.* §. *oportet:* vel ut in versione Holoandri §. *ut autem.* Scribit enim in hanc sententiam: si judex victori ju jurandum de expensis deferat, ad quantitatem scilicet, quæ moderata illi videtur, quam leges taxationem vocant, at quæ sequuntur. Interdum tamen taxatio æstimationem significat, ut *L. cum propria, in fin. C. si quis alt. vel sibi*, juncta *L. non ignoret, C. de fruct. et lit. exp.* et *in L.* 4. *C. de act. em.* quæ significatio huc non pertinet. Faciamus tamen non ita esse, sed taxationis verbum esse generale, et taxationem adiicere jurijurando; attamen si Ulpianus de taxatione futuro tantum jurijurando adiicienda sentit, eum de mente auctoris constat, nihil amplius quærendum est. Neque enim verba captare oportet, sed qua mente quidque dicatur, animadvertere, et id sequi convenit. *L. pen. sup. ad exhib. L. non aliter, infr. de legat.* 3. At hoc sentire eum ex contextu orationis apparet. Quæstio enim ab illo proponitur, an possit judex modum jurijurando statuere: non utique præterito, sed solum futuro. Subiicit enim, *ut intra certam quantitatem juretur.* Ut juretur, inquam, nempe postea, non ut ante juratum minuatur, et continenter: *ne arrepta occasione, in immensum juretur.* Non metuimus, ne in immensum juretur, postquam juratum est, sed ante quam juretur, ubi res adhuc est integra. Et adversus hunc metum vult superiorem modum adiici: proinde rebus adhuc integris, et ad frenandum futurum jusjurandum. Hanc quæstionem in toto hoc responso non mutat, sed de ea sola respondet, cum ait ad extremum, *arbitrio bonæ fidei judicis etiam hoc congruere.* Quod enim ita interrogat postea: *an igitur qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem jurijurando adiicere:* non nova quæstio est, cum de priore nihil dum respondisset; sed conclusio elata per dubi-

tationem, qua ex ratione quam prius interposuerat, et adjuncta interrogationi velut assumptione intelligi vult, posse judicem facere id de quo quæritur. Est enim hæc collectio Ulpiani: constat esse in arbitrio judicis non deferre jusjurandum. An non igitur, qui hoc potest, poterit et taxationem jurijurando adiicere? Quasi diceret, poterit; cum plus sit in totum non deferre, quam delato modum aliquem statuere. Et hoc deinde confirmat apertius cum ita subiicit: *arbitrio judicis bonæ fidei etiam hoc congruere*: etiam hoc, nempe ut et illud *non deferre*. Quod si in hac quæstione posteriore inest aut conclusio de quæstione initio proposita, aut argumentum ejus conclusionis et responsionis futuræ; necesse est in easdem res intelligi, quæ fuerant in quæstione, ut de re proposita recte vel concludatur, vel respondeatur. Quare quod deinde quærit Ulpianus, an judex *possit taxationem jurejurando adiicere*, plane nihil aliud est, quam id de quo initio quæstionem posuerat, *an possit statuere modum jurijurando, ut intra certam quantitatem juretur*: quod et judicem posse addita argumentatione significat, ac deinde aperte exprimit.

Sententiam Ulpiani de exceptione tenemus; quæ hæc est, posse judicem modum jurijurando statuere; sed modum ab initio, quem actori postea jurando excedere non liceat, qui modus dicitur taxatio. Fieri eo modo, ut si actor eum excesserit, judex ultra taxationem adjectam reum damnare non debeat. † Sed nondum hæc sententia constituta
5 est. Pendet enim Ulpiano ex hac ratione, quod possit judex ab initio jusjurandum nec deferre, ut et Marciano in *L.* 5. *seq.* ut si ratio falsa est, necesse sit et sententiam, quæ illa ratione nititur, everti. Atqui rationem falsam esse, multis modis probari posse videtur. Primum traditur alibi multis locis constanter, cum res petita non restituitur, si quidem culpa rei: damnandum eum quanti res est, seu quanti actoris interest; sin dolo, debere rem æstimari, et reum damnari, non quanti res est, sed *quanti adversarius in litem juraverit*. L. qui restituere, *supr. de rei vind. L. non a judice, supr. de jud. L. tutor, infr. eod. L. si filiofa. §. 1. supr. sol. mat. L. si cum dos. §. ult. infr. rer. amot.* Hæc verba, debere rem *tanti æstimari*, debere reum *tanti damnari*, rem significant, non voluntati judicis permissam, sed subiectam juris necessitati, ut quamvis iste nolit, tamen jure pro officio facere cogatur: ut et illa curare debet judex, ut certam sententiam ferat: *§. curare, Inst. de act.* Item, observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut moribus proditum est. *Inst. de offic. jud. in pr.* Ob dolum ergo et contumaciam non restituentis ita eum condemnare judex debet, quanti in litem juratum est, ut id facere necesse habeat. Non potest autem condemnare hoc modo, nisi prius ipse jusjurandum actori detulerit: quoniam nullum hoc jusjurandum est, nisi et delatum, ut proximo §. traditum est. Deferre ergo et hoc jusjurandum cogitur. Nec quisquam dicat, in his verbis, *reum damnandum quanti actor in litem juraverit*, inesse conditionem, si quidem actor in litem recte juraverit, eoque si et judex jusjurandum detulerit, arg. *L. 6. infr. de legat.* 1. ut hoc ipsum relinquatur in potestate judicis, utrum velit jusjurandum deferre, necne, arg. *L. si quis sub, infr. si quis. omiss. caus. test.* Hoc enim in superiore definitione actores juris sentiunt, non solum reum tanti damnandum esse, si actor in litem juraverit, sed etiam actori jusjurandum in litem deferendum, ut tanti reus damnetur. Non enim solum dicunt reum damnandum, quanti in litem juratum est: sed hoc amplius, adjiciunt non esse damnandum, quanti res est, sed quanti in litem juratum est. *d. L. non ab judice, supr. de jud. d. l. tutor, infr. hoc.* Unde licet hoc modo colligere: Si potest judex jusjurandum in litem non deferre, poterit et rem æstimare solum, quanti est, et tanti solum reum condemnare. At hoc judex facere non potest, sed cogitur reum tanti damnare, quanti in litem juratum est. Neque porro ita potest damnare, nisi jurejurando prius a se delato: proinde et hoc ipsum jusjurandum deferre cogitur. Idem probant rationes superioribus locis quibusdam adjectæ. Ideo reus damnandus est, quanti in litem actor juraverit: quia non est æquum pretio, idest, quanti res est, litem æstimari: et quod idem est, quia non est æquum quemquam invitum suo pretio res suas vendere. *L. tutor, infr. eod. L. si cum dos. §. ult. et L. non enim seq. infr. rer. amot.* Iniquum igitur reum dolo non restituentem solum damnare in verum pretium rei, seu quanti res est: et quoniam iniquum, ideo judex ita reum damnare non potest, ne contra æquum, idest, contra jus faciat: quod illi facere non licet. *Inst. de off. jud. in pr.* At potest judex ita damnare reum, si licet et jusjurandum non deferre: quoniam extra hoc jusjurandum nulla est æstimatio nisi quanti res est, seu quanti actoris interest. *L. non ab judice. supr. de jud.* Non licet ergo judici in hac contumacia hoc jusjurandum

non deferre. Apertius confirmat necessitatem hujus jurisjurandi deferendi. *L. tutor, infr. eod.* Nam præterquam quod Marcellus ait, *non esse æquum pretio, idest, quanti res est, litem æstimari:* addit etiam, ideo reum dolo non restituentem *condemnari debere, quanti in litem juratum fuerit, quia contumacia punienda sit, et arbitrio potius domini rei pretium statuendum.* Contumaciam puniendam esse, et pretium arbitrio domini potius statuendum, sine alia conditione dicuntur, ubi constant contumaciam non restituentis præcessisse, et de pretio rei æstimando agitur: suntque hæc verba non voluntatis et arbitrii, sed necessitatis: quibus significatur judicem ista facere debere. Jam autem dixi judicem non posse damnare reum, quanti in litem juratum erit, ut hoc modo contumaciam rei puniat, et pretium arbitrio domini statuat, nisi prius deferat hoc jusjurandum in litem, quo utiliter juretur, unde postea tanti litem æstimet. Ex quo efficitur non minus judicem et hoc ipsum jusjurandum in hac contumacia actori deferre debere. Quid verbis opus est? Ibidem Marcellus ait contumaciam rei puniendam, et pretium arbitrio domini statuendum, nominatim hoc addito, ut dicat hæc facienda esse, *potestate petitori in litem jurandi concessa*, quod nihil aliud est, quam judicem hanc prius potestatem petitori concedere debere, ut deinde superiora ex hoc jurejurando sequantur. Quid est autem potestatem jurandi in litem facere, nisi deferre jusjurandum in litem? Quare hoc quoque aperte Marcellus dicit, judicem ad contumaciam non restituentis puniendam hoc jusjurandum deferre debere. Quid ergo est, quod hic dicitur, et in *L. 5. seq.* esse in potestate judicis *hoc jusjurandum nec deferre?* Et recte utrumque ex sententia loquentium diversis conditionibus. Si de facto, quod superioris condemnationis caussa est, idest, de dolo et contumacia possessoris constet: non est in potestate judicis *hoc jusjurandum non deferre.* Ut nec illud est in potestate ejus, contumaciam non restituentis de qua constet, non punire, aut in hac contumacia pretium rei arbitrio domini non statuere. Utrumque enim iniquum, et contra jus. *d. L. tutor, infr. hic. d. L. non enim, infr. rer. amot.* Non licet autem judici contra quam jus et æquum est, judicare. *Inst. de off. jud.* et maxime in his judiciis id observatur, in quibus juratur in litem. Aut enim bonæ fidei sunt, aut arbitraria, ut dicetur ad *L. 5. seq.* maxime in *vers. extremo.* Utrum horum erit, ita in his fit judici libera potestas judicandi, ut tamen facere id jubeatur ex æquo et bono. §. *in bonæ*, §. *præterea*, *Inst. de act.* Quod si de facto et contumacia ambigatur, aut de ea non satis liqueat: ibi valeat, quod hic dicitur, posse judicem non deferre jusjurandum, ut de facti quæstione ipse statuat: quod et verum est. Quippe facti quæstio in potestate judicantis est, ut dicat possessorem dolo facere, et contumacia, aut culpa tantum; juris autem quæstio non est, sed legis auctoritati reservatur, ut Papinianus eleganter scripsit. *L. 1. §. 1. in fin. infr. ad Turp. L. ordine, in pr. infr. municip.* Sic et in *L. 2. §. si quis judicio, supr. si quis caut.* ei qui tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non potuit, exceptionem dandam esse traditur. Hoc tamen ibidem paulo post in §. *si quis tamen*, ita temperatur, ut dicatur caussa cognita esse statuendum, non ut quæratur de jure, si constet eum sine culpa sua incidisse in tempestatem; sed ut statuatur de facto, num cum posset non incidere in tempestatem, ipse se jactaverit. Ad id autem efficiendum, quod vult hoc loco Ulpianus, sufficit dici, posse judicem non deferre jusjurandum in litem solum in quæstione et controversia facti: ne quis eam interpretationem collectioni hujus loci non convenire existimet. Ut enim licet judici, cum de facto quæritur, statuere, utrum per contumaciam res non restituatur, an non; atque ita jusjurandum in litem deferre, aut non deferre, prout contumaciam intervenire, aut non intervenire statuet: ita licet ei contumacia ipsa comperta et dolo æstimare, quanta sit contumacia et quantus dolus, et ex eo, quod de qualitate facti cognoverit, jurisjurandi quantitatem moderari: neque enim in hac contumacia omnes eodem modo peccant, sed alii aliis gravius. Sed et ex sermonibus petitoris animadvertere potest judex, quo sit affectu actor in hac æstimatione, et utrum animo suum consequendi, an vero nocendi, aut ulciscendi aliqua cupiditate ducatur. Quare erit et hoc judicis id ipsum æstimare, et non committere, ut in hoc fervore omnia libidini actoris permittantur. Hoc vero est, quod recte hic dicit Ulpianus *arbitrio judicis bonæ fidei congruere.* Vere enim hæc perpendere officio boni judicis congruit. Addidit *bonæ fidei:* non ideo tantum, quia forte de judicio bonæ fidei quæstionem instituerat; sed quia maxime in judiciis bonæ fidei libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. §. *in bonæ. Inst. de act.* Sed non minus et in actionibus in rem, itemque ad exhibendum, quæ judicia arbitraria sunt, hæc potestas aut huic proxima judici tribuitur in §. *præ-*

terea, Inst. de act. Ex quo intelligendum est sententiam Ulpiani de potestate taxationis jurijurando adjiciendæ, non ad judicia tantum bonæ fidei, sed etiam ad alia omnia, in quibus in litem juratur, pertinere: quod et in *L.* 5. *seq.* expressum est.

Ad §. *Item videndum.*

Item videndum, an possit judex, qui detulit jusjurandum, non sequi id, sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam juratum est. Et magis est, ut ex magna caussa, et postea repertis probationibus possit.

SUMMARIA.

1. ***Et ex magna caussa potest judex non sequi jusjurandum in litem.***

2. ***Magna caussa, quæ.***

1 Altera exceptio est definitionis propositæ, qua statuit Ulpianus, etsi judex nullam taxationem jurijurando adjecerit, aut taxatione adjecta intra eum modum juratum sit: posse tamen judicem delatum a se jusjurandum non sequi *ex magna caussa, et postea repertis probationibus.* Ita prior exceptio est de eo, qui taxatione jurijurando adjecta, ultra eam juravit. Posterior hæc de eo, qui jurando adversus delationem judicis nihil fecit, sive quod nulla taxatione a judice præfinita juravit, sive quod taxatione adjecta constitit intra præfinitum modum. Quod ni ita esset, non diceret Ulpianus jusjurandum id, de quo agit, rejici tantum posse *ex magna caussa.* Nam ubi taxatio jurijurando adjecta est, et hanc actor excessit, hactenus jusjurandum tanquam nec delatum statim non valet, nec alia caussa sive magna sive parva ad id repudiandum est opus. Sed tamen etsi ex delatione judicis juratum sit, placet posse judicem nihilominus et hoc jusjurandum non sequi; *ex magna tamen caussa, et repertis postea probationibus.* Ni sit ergo hæc magna caussa: nihil relinquitur judici ex hoc loco, nisi ut jusjurandum, cui taxationem nullam adjecit, aut adversus cujus taxationem juratum non est, sequatur, ut antea ostendimus.

2 † Magnam caussam accipimus, si quid emergat postea, quo aperte rejiciatur jusjurandum: repertas autem postea probationes, eas, quibus idipsum recte probetur. Magna et justa hæc caussa est, si doceatur aut possessorem non desiisse dolo possidere, ut videbatur: aut petitorem non esse dominum fundi, ut se esse intendebat. Horum enim utrumque per se jusjurandum excludit, et si adversus ea juratum sit, jusjurandum fit injustum. Nam neque juratur in litem adversus eum, qui ex culpa possidere desiit, ut est in *vers. seq.* neque ei qui dominus non est, aut cujus de jure non agitur, jusjurandum hoc defertur. *L. tutor, infr.* de quo ad *L.* 5. *seq.* Quoniam autem fieri potest, ut possessor in totum per contumaciam rem petitam non restituat; interdum tantum pro parte: itemque ut petitor rei petitæ in totum dominus non sit; interdum non sit dumtaxat pro parte: hinc eveniet, quod hic Ulpianus significat, ut prout de his postea constiterit, ita judex jusjurandum aut in totum, aut pro parte non sequatur. Quod ita fiet, ut ille scribit, ut illic quidem judex reum prorsus absolvat, hic autem minoris condemnet. Congruit hæc sententia cum iis constitutionibus, quibus cautum est, jusjurandum a judice solo delatum, etiam sententiam sequuta, repertis postea novis instrumentis retractari posse. *L. admonendi, supr. de jurejur.* Confirmatur maxime in *Novel. de judicib.* §. *oportet.* Ubi ita cautum est: *si judex victori jusjurandum de expensis deferat ad quantitatem, quæ illi moderata esse videtur, quam leges taxactionem vocant, ac victor juret: ne judici liceat in minorem summam, quam juratum est, condemnare, neque humanior videri velit, quam lex quæ ista constituit.* Aperte jurijurando in litem, in quo nihil fiat adversus delationem judicis, stari vult constitutio, idque ex legibus veteribus jus esse testatur. Nec ad rem pertinet, quod loquitur de eo jurejurando, cui judex taxationem adjecit. Nam ut de eo jurejurando illic agitur: ita etiam proponitur actor intra eam taxationem jurasse. Par igitur, idem et de eo existimari, cui nulla taxatio adjecta est, ad quemcunque modum postea actor juraverit; quia et hic pariter nihil fit ad-

versus delationem, et eam potestatem jurandi, quam judex concessit. Non enim periculum est, ne ibi juretur adversus taxationem, ubi nulla fuit adjecta taxatio. Illud in superioribus verbis contrarium videri potest, quod Justinianus præcise jubet, ne judex in minorem summam, quam juratum est, condemnet, nec ullam exceptionem adjicit: quasi velit nec ex magna aliqua caussa ejusmodi, qualem diximus, jusjurandum reiici posse. Sed non eo minus constitutio cum exceptione hujus loci accipienda est: sive quod priores leges ad posteriores trahuntur, et contra: *L. non est novum*, *L. ideo*, *L. sed et posteriores*, *supr. de legib.* sive quod in toto jure generi per speciem derogatur. *L. in toto*, *infr. de reg. jur.* Generalis autem definitio est superioris constitutionis, jusjurandum in litem a judice delatum, servandum esse. Exceptæ sunt jam olim hoc loco eæ species, in quibus magna caussa suadet jusjurandum non servari. Proinde hæ species ex genere quanvis postea constituto exemptæ prioribus legibus intelliguntur. *L. si peculium*, *in pr. de manum. testam.* Sed quid alias rationes quærimus? ex ipsis verbis constitutionis hæc ipsa exceptio facile colligitur. Vetat enim, *ne judex humanior videri velit, quam lex*. Non ergo prohibetur, quominus æque saltem sit humanus, atque lex. Imo vero hoc præcipue est officium judicis humanitatem et æquitatem legum sequi. *L. quidam*, *supr. si cer. pet.* *L. 4. 5. ult. infr. de eo quod cer. loc.* At constat ex §. *superiore* et hoc loco, jus ita esse, ut liceat jurijurando taxationem adjicere, et ab eo quod delatum sit, ex caussa recedi posse. Quapropter et verbis Justiniani idem judici permitti intelligendum est.

Ad §. *Ex culpa autem.*

Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constat, sed æstimationem a judice faciendam.

SUMMARIUM.

1. *Jusjurandum in litem ex culpa non deferri, de quo jurejurando accipiendum sit.*

1 Quod hic traditur, cum explicatius et apertius comprehensum sit in *L. 4. seq. vers. sed in his*: de eo ibi dicemus. † Tantum hic monendi sumus, quod Ulpianus simpliciter hic dicit, ex culpa jusjurandum non deferri: eum in jurisjurandi verbo morem loquendi toto hoc fragmento ante a se usurpatum, etiam hic retinere, et intelligere jusjurandum id, de quo agit, idest, *in litem*, et quo res arbitrio actoris committitur. Alioqui obstabit *d. L. 5. vers. ult. infr.* de quo vide, quod scripsi ad §. *deferre*, *supr. ead. L.*

Ad L. *In actionibus.* 5.

Martianus *lib.* 4. *Regul.*

In actionibus in rem, et in ad exhibendum et in bonæ fidei judiciis in litem juratur, sed judex potest præfinire certam summam ad quam usque juretur: licuit enim ei a principio nec deferre. Item et si juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare. Sed in omnibus ob dolum solum in litem juratur: non etiam ob culpam, hæc enim judex æstimat. Plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est. Veluti si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit: quia judex æstimare sine delatione jurisjurandi non potest rem, quæ non extat.

SUMMARIA.

1. *Summa legis.*
2. *In actionibus in rem omnibus in litem jurari.*
3. *In actionibus ad exhibendum omnibus jurari in litem.*
4. *In bonæ fidei actionibus in litem jurari, at non omnibus: et in quibus juretur, aut non juretur.*
5. *Jurari in litem in actionibus in personam omnibus, in quibus agatur ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, eamve quæ ad jus nostrum pertineat: et quæ sint.*
6. *Summa, quibus in actionibus juretur in litem, et cur.*
7. *Quæ sit vis jurisjurandi in litem.*
8. *Adversus quem juretur in litem.*
9. *Dolus a contumacia quid distet.*
10. *Culpam a judice æstimari quid sit, et quæ culpa hic intelligatur.*
11. *Verbum* plane *exceptioni et correctioni servit.*
12. *Actionum genera tria, Bonæ fidei. Stricti juris, Arbitrariæ.*
13. *Stricti juris. quæ.*
14. *Jusjurandum in litem in strictis judiciis non idem accipi posse, quod in bonæ fidei et arbitrariis, sed tantum quanti res vere est, et n.* 16.
15. *Jusjurandum in litem duplex.*
16. *Jurisjurandi in litem genera recte distingui in his judiciis ad quid conducat.*
17. *Jusjurandum in litem de vera æstimatione, necessitatis magis est, quam voluntatis.*
18. *Jurijurando in litem de vera æstimatione duæ res locum faciunt; mora debitoris, et interitus rei debitæ; et cur utrumque.*
19. *Amissio rei quælibet et corruptio pro interitu.*
20. *Jusjurandum hoc non minus et in aliis actionibus locum habet ex iisdem caussis.*

1 Docet hoc capite Marcianus, Quibus in actionibus in litem juretur. ut intelligatur, cui deferatur hoc jusjurandum: Adversus quos, et quando: tum Quæ sit vis jurisjurandi, postquam juratum est. De quibus scribit ad hanc sententiam: Juratur in litem in actionibus in rem, ad exhibendum, bonæ fidei. Juratur adversus eum, qui rem de qua agitur, non restituit, aut non exhibet; si tamen dolo malo ejus fiat, non etiam si culpa. Vis jurisjurandi hæc, ut non necesse habeat judex in totum id sequi; sed licet modum jurijurando statuere, et prius quam juratum est, et postea. Hæc de eo jurejurando in litem dicta sunt, quo litis æstimatio arbitrio domini permittitur etiam ultra pretium rei. Quod si de vera æstimatione rei agatur, hujus caussa etiam in actione stricti judicii interdum juratur in litem. idque etiam ob culpam non præstantis quod debetur. ac non tantum ob dolum. Jam singula expendamus.

AIT JURATUR IN LITEM IN ACTIO-
2 NIBUS IN REM. ÷ Num in omnibus? non enim actiones in rem tantum sunt, quibus rem nostram vindicamus: sed sunt et quibus persequimur rem non nostram, ut Publiciana de rebus ex justa caussa et bona fide possessis: §. namque, *Inst. de act.* hypothecaria de rebus nobis pignori obligatis: §. *item Serviana*, *Inst. de act.* et aliæ complures, de quibus agitur a § 1. usque *ad* §. *in personam*, *Inst. de act.* De rei vindicatione quæ domino competit, inter omnes convenit, in hac adversus eum, qui dolo non restituit, in litem jurari. *L. qui restituere. supr. de rei vind.* De cæteris dubitatur. Movet, quod de caussa hujus jurisjurandi traditur, cum alibi sæpe, tum maxime in *L. tutor, infr. eod.* Ibi enim duæ caussæ ejus statuuntur: et quod contumacia punienda sit, caussa omnium in rem actionum communis: et quod arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit. Cum qua posteriore consentiunt, quæ alibi traduntur rationes: ideo scilicet adversus contumaciam non restituentis in litem jurari, *quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.* L. si filiofa. §. 1. *infr. sol. mat.* item *quia æquum non sit, invitum suo pretio res suas vendere.* Harum utraque in rei vindicatione locum habet, utpote in qua dominus est, qui agit. *L. in rem, supr. de rei vind. L. actionum, infr. de obl. et act.* ut ex his constet optime ratio, cur jusjurandum in litem in eo genere recipiatur. In cæteris actionibus in rem cessat ratio posterior: neque enim in his de re nostra agitur. Quo fieri videtur, ut cessante ratione jurisjurandi introducendi, nec in his jusjurandum recipi debeat. arg. in *L. quod dictum, supr. de poct.* Sed Marcianus ait in litem jurari *in actionibus in rem*: non autem in actione, aut in aliquo certo genere hujus actionis. Unde intelligitur, aut in omnibus jurari, aut certe in pluribus, quam in una specie rei vindicationis. Et verum est in omnibus in litem jurari. Indicio erit hypothecaria, in qua cum creditor aperte rem alienam persequatur, tantum sibi pignori obligatam: tamen in litem jurari constat, si pignus a possessore non restituatur. *L. si fundus, §. in vindicatione, infr. de pignor.* Multo ergo magis idem probandum in aliis, in quibus tanquam domini quidam rem vindicamus, eoque ipso plus juris habemus. Ne nos moveat, quod in his omnibus res petitoris non est: nam nihilominus ad jus, possessionemque ejus pertinet. Cujus juris quasi dominus esset, ita ejus pretium æquum est
itidem illius arbitrio statui ÷ AIT JURARI 3
IN LITEM IN ACTIONIBUS AD EXHIBENDUM. Generaliter et hoc accipere debemus, ut adversus eum qui dolo non exhibet, juretur in litem in omnibus ad exhibendum actionibus, non tantum tunc, cum quis se dominum esse dicit, sed etiam cum qualicunque actione acturus est: ut quemadmodum in actione directa cujus nomine ad exhibendum agitur, nihil interest, qualis sit, ut in ea in litem jurari possit, ut ostendimus: sic nec intersit in ea quæ ad directam aditum parat, qualis est ad exhibendum. *L. 3. §. est autem, et §. ibidem, supr. ad exhib.* Idque aperte indicat Ulpianus in *d. L. 3. ad exhib.* qui cum in §. 1. dixisset eum qui ad exhibendum agit, non utique dicere se esse dominum, nec debere ostendere, cum multæ sint caussæ ad exhibendum agendi: subjecit in §. *præterea*, non solum generaliter, sed etiam continentur, quod ad definitionem priorem ex æquo pertineret: in hac actione notandum, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit, judice ei quantitatem taxante. Quoque hanc ipsam definitionem in omnibus acciperemus, definitioni subjicit, in §. *est autem*, et deinceps, personalem esse hanc actionem, et competere ei, qui qualicunque actione acturus sit: quæ explicatio item omnis ad definitionem præcedentem de jurejurando refertur. Hoc eo dicimus, quia si quis vindicaturus ad exhibendum agat, sunt qui huic jusjurandum in litem deferri debere non dubitent, quia se dominum dicat: in cæteris non putent, quia hoc statuant, pretium domini solum arbitrio statuendum. Sed si in actionibus in rem hoc recte diceretur, in quibus ex diversis caussis et jure tam dissimilibus agitur; attamen in actione ad exhibendum dici non potest, quia in omnibus hujus generis una petitio est ejusdem æquitatis et una caussa omnium communis, ut res exhibeatur, tantum ideo, quia agentis interest. *L. 3. §. sciendum. L. pen. supr. ad exhib.* Jam vero ne in actionibus quidem in rem hoc recipitur, ut non aliis quam dominis rem suam vindicantibus hoc jusjurandum deferatur: defertur enim et creditori pignus vindicanti, quem dominum non esse constat. Quod si hanc rationem teneremus, ut non alii putaremus, quam domino hoc jusjurandum deferendum: non modo id non deferretur creditori hypothecaria agenti; sed et in actione ad exhibendum prorsus locum non haberet. Neque enim quisquam in hac actione ideo vincit sibi rem exhiberi debere, quia sit dominus: sed quia solum se dominum dicat.

Hoc enim intendere satis est: probare non est necesse. *d. L. 3. §. 1. §. sciendum, ad exhib.* At in omni actione ad exhibendum persequitur actor aliquid suum: nempe usum et copiam rei, de qua quæritur, seu rei videndæ cognoscendæque facultatem, quam et ipsam lex omnium, quorum interest, propriam esse voluit. Merito igitur et hæc ipsa copia ac facultas arbitrio petitoris tanquam
4 cujusdam domini æstimanda est. † JURATUR IN LITEM, inquit, ET IN BONÆ FIDEI JUDICIIS. Etiamne et hic in omnibus, ut prius in actionibus in rem, ad exhibendum fieri diximus? Et in his placet Azonis, Fulgosii, Duareni distinctio, ut si quidem agatur de re nobis restituenda, quæ prius a nobis profecta sit, et tradita jus nostrum non mutarit, ibi in litem jurari possit re non restituta. Sin autem agatur de re aliena nunc primum nobis præstanda, ibi in litem non juretur. Et ideo semper constituit in his actionibus bonæ fidei in litem jurari posse: in commodato. *L. 3. §. in hac. infr. de commod.* in deposito. *L. 1. §. in depositi, infr. dep.* in locatione, cum res locata non restituitur. *L. si cui locaverim, §. 1. infr. loc.* in rei uxoriæ actione seu in actione ex stipulatu de re dotali restituenda. *L. si filiofa. §. 1. infr. sol. mat.* in actione tutelæ, cum res suas pupillus a tutore repetit. *L. tutor. infr. eod.* Scilicet quia in his omnibus de re quæ a nobis profecta est, restituenda agitur. At in actione ex empto, qua actione rem alienam petimus, utpote venditam, quæ nondum tradita venditoris manet, quam eandem a nobis non profectam constat: placet non aliam condemnationem esse adversus venditorem quamvis procacia rem non tradentem, quam in id quod interest: sic enim scriptum est in *L. 4. C. de act. em* Ut in hac procacia non tradentis venditoris judex curare debeat tantum in condemnationem deduci, quanti interest compleri emptionem. Quod jubetur judex id curare, sic jubetur, ut aliud statuere non possit. Ut cum in *§. curare, Inst. de act.* dicitur curare debere judex, ut certam sententiam ferat: hoc intelligitur, ita enim certam sententiam ferre debere, ut aliam si tulerit, hæc nullius sit momenti, tot. Tit. *C. de sent. quæ sine cert. quant.* Quod autem dicitur venditorem condemnari in id quod interest, significat non condemnari quanti in litem juratum est: pugnant enim hæc inter se, quanti ea res est, seu quanti interest, et quanti interest, et quanti in litem juratum est. *L. 2. supr. L. tutor, infr. eod. L. non ab judice, sup. de judic.* Et merito in hoc genere actionis non admittitur jusjurandum in litem. Illud enim tenendum est, non aliàs æquum esse rem arbitrio petitoris æstimari, quam cum rei dominus est: aut quod huic proximum est, rem sui juris, seu ad jus suum pertinentem persequitur, ut ante diximus. *L. tutor, infr. L. si filiofa. §. 1. infe. sol. mat. L. non enim, infr. rer. amo.* Emptor autem ut rei venditæ petitæ dominus non est: sic nec res ad jus possessionemve ejus pertinet. *L. qui tibi, C. de hec. vel. act. ven.* Sed verba Marciani, et alia quædam hic nobis opponuntur. Primum definit hoc loco Marcianus jurari in litem *in bonæ fidei judiciis:* generaliter hoc et infinite. Proinde et generaliter accipiendum esse dixeris. Arg. *L. metum, 9. §. 1. supe. quod met. caus. L. item veniunt, §. petitam, autem sup. de her. pet.* Sed et hoc ita faciendum esse, interpretatione nostra in prioribus actionibus confirmasse videmur. Quod enim dixerat jurari in litem in actionibus in rem, item in actionibus ad exhibendum, sic accepimus, ut diceremus jurari posse in omnibus. Cur ergo hanc interpretationem nunc mutemus in actionibus bonæ fidei: de quibus non modo iisdem verbis, sed etiam uno contextu, et verbo communi ad omnes pertinente ab eo definitur? Accedit ad hæc definitio Ulpiani in *L. 3. §. in hac. infe. commod.* quæ aperte quæ aperte omnibus bonæ fidei judiciis hoc tribuere videtur, ut in his in litem jurari possit, sic enim verba sunt: *in hac actione* (commodati) *sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur.* Dicit jurari in litem in cæteris: cæterorum verbo reliqua omnia ejusdem generis intelliguntur. Sed nihil est in his, cur superior sententia de actionibus bonæ fidei mutari debeat. Definit Marcianus hoc loco *jurari in litem in bonæ fidei actionibus.* Pluralis est hæc definitio, ut apparet: proinde non statim generalis, et omnes actiones complectens: siquidem auctore Ulpiano pluralis elocutio duorum numero contenta est. *L. ubi, infe. de testib.* Quare sic recte accipietur, ut in pluribus actionibus bonæ fidei, quam in una specie, jurari possit in litem; quod et verum est. Non est autem necesse ita accipi, ut possit in omnibus. Potest quidem oratio convenire omnibus: quia omnes utique sunt plures. Sed ut dixi, sic accipi non est necesse: cum etsi non plures essent, quam duæ, in quibus jurari posset: semper verum esset in actionibus bonæ fidei in litem jurari. *d. L. ubi. de testib.* Utrum autem horum accipiendum sit, cum ex verbis Marciani certo statui non possit: ex aliis locis et ratione colligendum est, neque vero alia vis est earum orationum,

quibus Marcianus prius usus est, cum dixit in litem jurari in actionibus in rem, et in ad exhibendum: ne quis forte hic eas nobis objiciat. Utraque enim, salva proprietate orationis, tam convenire potest pluribus ex eo genere, quam omnibus: eoque non necessario orationes ut generales accipiendæ sunt. Qui ill igitur, ut diximus in actionibus utriusque generis omnibus in litem jurari? non sane ex eo, quod putaremus generales esse priores illas orationes magis, quam cum dicitur jurari in actionibus bonæ fidei; sed quia id verum esse aliunde probatur. Diximus enim his verbis, *in actionibus in rem juratur in litem*, significari, jurari saltem in pluribus actionibus hujus generis, quam in una rei vindicatione. Quod si in pluribus, et præsertim in hypothecaria, de qua alibi diserte scriptum est; rationem postulare, ut juretur in omnibus, idemque et de actione ad exhibendum ratione colligimus. At non item patitur ratio oris, ut juretur in litem in omnibus bonæ fidei actionibus, ut ostendi ex quo est dissimilitudo interpretationis. Quod ait Ulpianus in *L.* 3. §. in *hac, infr. commod.* jurari in litem in commodato, *sicut in cæteris bonæ fidei judiciis:* si hoc tantum dixisset, magis locus adversaretur. Sed addit, *similiter*: quod verbum rem expedit. Hoc enim efficit, jurari quidem in litem in commodato, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, sed *similiter* idest, similibus in caussis, et similibus conditionibus, quibus in cæteris in litem juratur. Quod ita fit, si quid a nobis profectum repetamus, ut in deposito, locato, dote, tutelæ actione; in quibus jurari supra indicavimus. Ac de actionibus in rem, ad exhibendum, bonæ fidei, quæ genera hic commemorantur, dictum est; unde intelligatur, quod Marcianus ait in singulis his generibus admitti jusjurandum in litem, sic tamen: ut sciamus inter hæc hoc interesse, quod duorum priorum generum actiones omnes hoc jusjurandum recipiant; bonæ fidei autem actiones non omnes. Ac quæ non recipiant, ostendi.

5 ✝ Nunc quoniam ille tria hæc genera tantum recenset, in quibus in litem jurari dicat: videamus, an in his solis in litem juretur. Et habet hoc certarum specierum enumeratio, ut qui nominatim certas appellavit, in quibus aliquid concederet, hoc ipso intelligatur de cæteris non sensisse. *L. cum de lanionis*, §. *cui fundum, infr. de inst. vel inst. legat. L. maritus, C. de proc.* Idcirco Marcianus tria genera ista sola enumerando, satis significat in his solis in litem jurari. Quod et concedendum est: dum tamen hoc sic interpretemur: in his solis actionibus jurari, et si quæ sunt similes. Semper enim in paribus caussis eadem ratio jus idem admittit. *L. nam ut, supr. de legib. L. illud. supr. ad leg. Aquil.* Et vero ita statuendum est: etiamsi quæ sint actiones in personam, non in rem, aut ad exhibendum, et non sint eæ bonæ fidei; si tamen competant ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, aut alioqui ad jus nostrum pertineat: in his itidem in litem jurari. Declaratur id exemplis harum actionum quod metus caussa, de dolo, rerum, amotarum, Favianæ de rebus alienatis in fraudem patroni. Omnes sunt in personam, nec sunt ad exhibendum, aut bonæ fidei; in omnibus tamen juratur in litem. Juratur in actione Quod metus caussa, et de dolo. *L. arbitrio, in Pr. supr. de dol.* atque has in personam esse diserte scriptum est in §. *præterea, Inst. de act.* Juratur in actione rerum amotarum. *L. si cum dos*, §. *ult. infr. rer. amot.* et hæc actio condictio est. *L. rerum*, 28. *rer. amo.* proinde in personam actio. *L. actionum, infr. de oblig. et action.* Postremo juratur in actione Calvisiana et Faviana. *L. tenetur. infr. si quid in frau. pat.* quæ et ipsa est in personam. *L.* 1. §. *hæc actio, eod. tit. si quid in fran. pat.* Cur ergo in his pariter juratur in litem, ut in actionibus in rem? quia in his omnia similia ad jusjurandum admittendum. Persequuntur enim rei nostræ, certe a nobis profectæ restitutionem: et si contumacia quæritur, sunt et ipsæ arbitrariæ idest, ejusmodi, in quibus arbitretur prius judex rem restitui: cui arbitrio cum non paretur, lit illa contumacia non restituentis, quæ in actionibus in rem et ad exhibendum jurejurando in litem coercetur. Utraque autem de caussa placet litem hoc jurejurando æstimari; et quod contumacia puniendo sit, et quod arbitrio potius domini pretium rei sit statuendum. *L. tutor, infr. eod.* Ac quo minus de his dubitemus, putemusque singulari aliqua ratione propria ista esse superiorum actionum: exstat generalis præceptio Ulpiani de hoc genere in *L. qui restituere, in fi. supr. de rei vind.* qui cum dixisset, eum qui restituere jussus judici non paret: si quidem dolo fecit, quanti minus posset, damnandum esse, quantum adversarius in litem juraverit; si culpa: non pluris, quam quanti res esset: subjicit hanc definitionem: *Hæc sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actionis in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.* ✝ Quæ si 6
ita sunt, licet rem in summam colligere, et breviter, statuere hoc modo: Duobus in generibus actionum juratur in litem in omnibus ad exi-

hendum et in omnibus in universum, quibus ad restituendam rem agitur, quæ res vel nostra sit, vel ad jus nostrum pertineat, ut pignus, aut res bona fide possessa, vel a nobis ita sit profecta, ut non propterea a jure nostro recesserit, quales sunt commodatæ, depositæ, locatæ, et quorum alienatio per in integrum restitutionem infirmatur, ut vi aut dolo expressæ. Quæ actiones ad restituendum ejusmodi sunt, nihil interest, in rem sint, an in personam: et si in personam erunt, nihil refert, utrum sint bonæ fidei, an non sint. Contra, quibus actionibus ad rem nunc primum nobis dandam, tradendamve agitur, quales sunt maxima ex parte in personam; aut agitur quidem ad rem restituendam, quæ a nobis profecta sit, sed cujus dominium a nobis volentibus recesserit: aut sic agitur, quasi recesserit; quales sunt, condictio indebiti, aut ob caussam, aut etiam furtiva. In his in litem non juratur etiamsi maxime bonæ fidei sint. Hujus juris ratio et æquitas hæc est, quod huic jurijurando duæ res caussam præbent, contumacia rei; et quod de re petitoris aut ad jus possessionemve ejus pertinente agitur. Nam contumacia merito punienda est: et pretium rei æquum est arbitrio domini statui, *d. L. tutor, infr. eod.* Hæ caussæ in priores illas actiones cadunt; in posteriores non cadunt. Ita his caussis concurrentibus in prioribus jusjurandum admittitur: in posterioribus una etiam cessante denegatur.

SED JUDEX POTEST PRÆFINIRE
7 CERTAM SUMMAM) ✝ Tota hæc oratio usque ad illa verba, SED IN HIS OMNIBUS, huc spectat, ut declaretur, quæ sit vis jurisjurandi in litem, seu quæ sit potestas judicis in eo non sequendo. Quod enim ait Marcianus, judicem posse præfinire certam summam, usque ad quam juretur, hoc continet: si præfinierit, ultra jurare non licere, eoque si juratum sit, jusjurandum non esse servandum, ut docui ad *L. 4. §. jurare, supr.* Quod addit, etsi juratum fuerit, nempe nulla taxatione initio præfinita, licere judici vel absolvere, vel minoris condemnare, nihil aliud est, quam judicem etiam tum posse contemnere jusjurandum, aut in totum, quod fit reum in totum absolvendo; aut pro parte, quod fit reum condemnando, sed minoris quam juratum est. Ut appareat Marcianum hoc sentire: licere judici jusjurandum actoris in litem non sequi, non solum tunc, cum modum jurijurando ab initio statuit, quod facere potest: sed etiam eum sine ulla taxatione juratum est. Est igitur, ut dixi, totus locus de vi hujus jurisjurandi, aut quod idem est, de potestate judicis in eo non sequendo. Locus pluribus jam ante ab Ulpiano tractatus in *L. 4. §. jurare, et §. item videndum,* ubi a nobis est expositus. Neque ideo hic locus inutilis est; habet enim illius superioris breviter summam comprehensam. Illud monendi sumus quod hic traditur, etsi juratum fuerit, licere judici reum vel absolvere, vel minoris condemnare: explicandum esse ex *d. L. 4. § item videndum, supr.* et ita temperandum, ut liceat, sed *ex magna caussa, et postea repertis probationibus;* quæ circumscriptio nominatim illic adjicitur.

✝ SED IN HIS OMNIBUS) Quod dicitur 8
in superioribus actionibus in litem jurari, sic accipiendum est: si cætera concurrant, quæ huic jurijurando locum facere initio hujus tituli diximus. In quibus ut spectatur, quis agat, et quod sit jus petitoris: de quo dictum est partim ad *L. 4. in pr. supr.* partim hac *L. in pr.* item qua de re: de quo in *L. 3. supr. eod.* Ita et illud maxime, adversus quem agatur. Neque enim quamvis in iisdem actionibus, eodem jure petitoris, et iisdem rebus hoc jusjurandum deferri potest adversus omnes. Id autem, est quod hic declaratur. Juratur in litem in omnibus actionibus adversus eum, qui rem non restituit, aut non exhibet: *L. 2. §. 1. sup. eod.* sed non omnem. *In his omnibus,* inquit Marcianus, *ob dolum solum in litem juratur; non etiam ob culpam.* Quo non aliud significatur, quam non deferri hoc jusjurandum, nisi adversus eum, qui non restituens aut non exhibens, hæc ipsa dolo non facit, non etiam qui culpa tantum, ut declaratur in *L. qui restituere, supr.* de rei vind. *Hæc enim,* inquit Marcianus, *judex æstimat.* Legendum est, *hanc enim,* ut judicis æstimatio ad solam culpam referatur. Sola enim culpa est, quæ a judice æstimatur, ut et scriptum est in *L. præcedente in fin.* ex culpa æstimatio a judice facienda est. Dolus non restituentis nun judicis æstimationi, sed petitoris arbitrio committitur. *L. tutor, infr.* Recte autem dixit *ob dolum,* non *ob contumaciam:* non quod contumacia non sit dolus, et ob hanc maxime non juretur in litem; sed quia doli verbum plus complectitur, et Marcianus intelligi voluit ob omnem dolum in litem jurari. ✝ 9
Dolus quo fit, ut res non restituatur aut exhibeatur, duplex est; præsens et præteritus. Præsens est eum qui possidet aut habet rei restituendæ facultatem, jussus restituere judici non paret. Hic dolus proprie contumacia appellatur: adversus hunc citra controversiam juratur in litem *L. 1. L. 2. §. 1. supr. L. tutor, infr. eod.* Præteritum voco, cum reus nunc quidem eam jubetur, reus

non possidet, ut præsenti quidem dolo nihil faciat, si rem non restituit, qui etiam si maxime nunc velit, tamen restituere non possit; sed prius dolo fecit, quominus possideret. Nulla hic quidem proprie contumacia est non restituentis; sed nihilominus et hic dolus jurejurando in litem coercetur. *L. qui restituere, supr. de rei vind. L. sed etsi lege, §. hæc verba, supr. de her. pet. L. si fundus, §. in vindicatione, infr. de pig.* Fit hoc ex perpetuo jure, quo placuit, qui dolo possidere desierunt, pro possessoribus esse habendos. *d. L. sed etsi, §. perinde, de her. pet. L.*
10 *qui dolo, L. parem. infr. de reg. jur.* † Quod
ait in litem non jurari ob culpam, judicem enim hanc æstimare sic interpretandum est ex *L. qui restituere, supr. de rei vind.* ut qui nec potest restituere, nec dolo fecit quominus posset, si tamen culpa ejus factum est, damnari debeat, sed ita, ut culpa, idest damnum culpa datum solum æstimetur, et ut ibi loquitur Ulpianus, *non pluris quam quanti res est, quanti adversarii interest, reus condemnetur.* Culpam hic levem, non latam accipere debemus. Nam cum prius dixit ob dolum jurari in litem, etiam ob latam culpam jurari dixit: lata enim culpa dolus est. *L. quod Nerva. infr. dep.* nec mutat, quod dicit ob dolum solum jurari in litem. Nam nec hac particula, *solum*, lata culpa unquam excluditur, nisi quid aperte de lata culpa excludenda in lege significetur, ut in lege Cornelia de sicariis. *L. in lege. infr. ad leg. Corn. de sic.* Argumento est, quod de deposito traditur dolum duntaxat in eam actionem venire: *L. 1. § ult. infr. dep.* nec minus tamen constat depositarium ob latam culpam teneri. *L. 1. C. dep.* idem at de mensore scriptum est in *L. 1. §. 1. supr. si men. fal. mo. dix.* Neque hæc inter se contraria sunt; siquidem, ut dixi, lata culpa interpretatione dolus est, aut ut est in *d. L. 1. §. 1. si men. fal. mo. dix.* lata culpa dolo comparatur, quod idem valet.

11 † PLANE INTERDUM). Indicat hoc verbum, PLANE, exceptionem hic esse præcedentis alicujus sententiæ. Servit enim hæc particula correctioni et exceptioni præcedentium, ut licet intelligere ex *§. si quis alii, vers. plane, Inst. de inut. stip. §. sic itaque, vers. plane, Inst. de act.* Quod si hic exceptio est: erit at præcedentis alicujus sententiæ contrariæ, ut semper exceptio ex parte negat quod regula generaliter continebatur. Quare cum sit exceptio his verbis concepta: *interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum esse;* necesse est intelligi, positam a Marciano prius fuisse generalem sententiam, qua definierit in hoc genere actionis in litem non jurari; sicque locum accipiendum, qua si ita scripsisset. Quod volui, in actione stricti judicii in litem non jurari, non est perpetuum; interdum enim etiam in hac actione juratur, ac non tantum in illis, in quibus initio jurari dixi. At Marcianus nihil tale, ut videtur, prius definivit de actionibus stricti judicii. Certe nihil ejusmodi verbis comprehensum est: eo merito dubitatur, unde hanc exceptionem inferat. Sed recte intulit ex præcentibus. Vere enim et hanc sententiam prius statuerat, in actionibus stricti judicii non jurari in litem: non expressit verbis; sed satis enumeratione certorum generum declaravit, cum dixit, in litem jurari in actionibus in rem, ad exhibendum, et bonæ fidei, nec præterea alias adjo
cit. † Sciendum est enim tria esse genera 12
actionum; quasdam bonæ fidei, quasdam arbitrarias, quasdam stricti juris. Enumerantur quidem in *d. §. actionum autem,* duo tantum hæc genera, bonæ fidei, et stricti juris; ut in eo loco consistenti, nec spectanti quod paulo post sequitur, non aliud possit videri, quam hæc genera duo tantum esse: quod maximæ parti interpretum veterum accidit. Quo admisso reperietur Marcianus non modo prius non dixisse in actione stricti juris in litem non jurari, sed etiam aperte contrarium confirmasse. Dixit enim jurari in actionibus in rem, et ad exhibendum, ergo in actionibus stricti juris, si superiora duo genera tantum sunt; quoniam istas actiones non esse bonæ fidei constet, ut quæ inter eas non enumerentur in *d. §. actionum autem, Inst. de act.* sed animadvarti debuit continenter tertium genus adiici, idque diversum a duobus illis prioribus; nempe arbitrariarum actionum in *§. præterea, Inst. eod.* ut sic genera tria efficiantur, quæ dixi, quæ Papinianus non obscure notavit in *L. 2. 1. resp.* illic. *in iis autem judiciis, infr. de usur.* Ex his Marcianus duo tantum initio complexus est, in quibus in litem jurari diceret, bonæ fidei et arbitrarias; Nam in rem et ad exhibendum, arbitrariæ sunt, ut declaratur in *d. §. præterea, Inst. de act.* et fere solæ hæ arbitrariæ: excipiuntur enim paucæ quæ sunt in personam, quas supra indicavi, et in quibus pariter in litem jurari dixi. His duobus generaliter jusjurandum in litem attribuens, hoc ipso cæteras actiones, quæ in alio genere essent, exclusit, ut initio hujus capitis ostendi. Hæ autem reliquæ sunt, quæ sunt stricti juris, seu stricti judicii. Unde intelligitur satis hoc eum significasse in his ipsis in litem non jurari. Hoc cum sensisset

et animadverteret ex verbis satis intelligi; nunc temperat, quæ hujus loci exceptio et correctio est; et monet non esse perpetuum, sed et in his *interdum in litem jurandum esse*. Ergo etiam his jusjurandum in litem tribuit.
13 ✝ Stricti judicii actiones vocat cum Ulpiano in *L.* 3. §. *in hac. infr. commod.* quæ dicuntur actiones stricti juris in §. *actionum autem, Inst. de act.* Quamobrem utrumque nihil ad quæstionem hujus loci pertinet; ideo satius est in suum locum reiicere, ubi de bis ex professo agitur, idest ad *d.* §. *actionum*. Tantum illud levi opera satis est intelligi, quænam sint hujus generis, ne frustra etiam in eo genere jusjurandum in litem hic admitti dicatur. Quod ex *d.* §. *actionum*, et §. *præterea, Inst. de act.* nullo negotio sumi potest. Non explicatur illic quidem aperte, quæ sint actiones stricti juris; sed aliorum generum tum enumeratione, tum declaratione id præstatur. Statuuntur enim illa genera tria, quæ modo dixi, ut sint quædam actiones bonæ fidei, quædam stricti juris, quædam a prioribus duobus generibus distinctæ arbitrariæ. Actiones bonæ fidei recensentur in *d.* §. *actionum autem*. De arbitrariis tantum traditur in *d.* §. *præterea*. Ut intelligi possit esse arbitrarias omnes ad exhibendum omnes item in rem; ex his autem quæ sunt in personam, quæ quidem non sunt bonæ fidei, arbitrarias esse partim eas, quæ ad rem juris nostri restituendam competunt, ut de dolo, et quod metus caussa; partim actionem ex stipulatu de eo, quod certo loco promissum est: de quibus fusior tractatio illis locis convenit. Extra has actiones quæ relinquuntur, illæ sunt nimirum, quæ stricti juris, seu stricti judicii appellantur; qualis jam esse intelligitur actio ex stipulatu et actio ex testamento, quæ duæ exempli caussa commemorantur in *L. alia seq.*

Longius progredi in istorum generum explicatione per se utile est, et cum res postulat, necessarium; ad hujus loci cognitionem non est necesse. Usque adeo, ut his etiam quæ dixi ad actionum hujus generis indicationem, locus ipse carere potuerit. Ut enim locus sit ei jurijurando, de quo hic agitur, non exigitur, ut sit actio stricti juris; sed solum ut res debita post moram perierit, ut postea sequitur: quod non minus et in aliis actionibus contingere potest: et an factum sit, intelligere possumus, etiamsi utrum actio sit bonæ fidei, an arbitraria, an stricti juris, ignoremus. Solum autem in hac re spectari eam caussam, quam dixi, non autem genus actionis, verba Marciani manifeste ostendunt. Scribit, enim: *interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum*. Ait, *et in actione*: quod significat non solum eodem modo jurari ex hac caussa in actionibus cæteris, idest, bonæ fidei, et arbitrariis; sed et in actione stricti judicii. Aperte enim particula, *et*, hanc actionem cum cæteris copulat. Et sane si in actionibus stricti judicii ex superiore caussa hoc jusjurandum admittitur: multo magis ex eadem caussa admitti oportet in cæteris, in quibus omnia plenius tribuuntur. Ita jusjurandum omnium actionum commune, et caussam communem agnoscimus: ut jam hic non qualis sit actio, sed quæ sit caussa jurisjurandi, quærendum sit. Hæc dico, non reprehendens, si quis hoc loco de his generibus actionum differat: quod a Francisco Duareno non sine magna laude, et summa utilitate factum scio, cum id præcipue sibi propositum haberet; sed ne quis etiam reprehendat in nobis, si fusiorem de his tractationem hoc loco non necessarium judicantes, eam in suos locos reiicimus, quærimusque, quid huic loco maxime conveniat.

Hoc autem solum convenit intelligi, cum de jurejurando hujus loci quæritur, nihil referre, qualis sit actio qua agetur, utrumne bonæ fidei, aut arbitraria, in quibus solis paulo ante in litem jurari dixit; an vero ea quæ neutrum sit, idest, quæ sit stricti juris: nam et in hac etiam hoc jurisjurandum admitti. Deinceps quid hic isti generi actionum tribuatur consideremus. In quo reliquæ partes definitionis hic traditæ, nobis expendendæ sunt: quæ et ipsæ potissimum habent quæstionem. Sunt autem hæ partes, et quæ circa has quærantur. Ait enim, *et in actione stricti judicii in litem jurari*. Quod jusjurandum in litem hic intelligit; idemne, quod prius totidem verbis appellavit? Ait, non *jurari*, sed *jurandum esse*, cur potius jurandum esse verbo necessitatem significante, quam *jurari*, ut in superioribus actionibus? Ait jurari, non semper, sed *interdum*. Quando igitur? Ait, *et in actionibus stricti judicii*. Num ergo et in actionibus aliis? Ut in summa de hoc jurijurando quatuor hæc quærantur: quod sit jusjurandum, quæ necessitas deferendi; quæ caussa, seu quæ res id inducant; tum in quibus actionibus. Hæc, inquam nobis ordine cognoscenda sunt: in quibus hujus partis, atque hujus jurisjurandi explicatio continetur. ✝ Ait igitur in hac actione in litem jurari: nempe totidem verbis, quibus prius in superioribus actionibus in litem jurari dixit; et si verba sequimur, nihil proponatur, cur non hic idem jusjurandum accipere debeamus, quod prius nominavit. Ni-

hil enim aperte adiecit; quo hoc ab illo distingueret. Sed et illud, quod prius dixit, in actionibus in rem, et cæteris in litem jurari, nunc temperat, et velut exceptione corrigit, ut ante ostendi; exceptio autem est de rebus regula comprehensis. Itaque vel exceptio ipsa facere videtur, ut idem jusjurandum utrobique accipi debeat. Num ergo idem intelligere debemus? Verba, ut dixi prima fronte suadent; sed res et sententia refragantur. Quod enim initio dixerat jurari in litem in actionibus in rem; ad exhibendum, et bonæ fidei id postea sic interpretatur, ut admittat *ob dolum solum rei, non etiam ob culpam*. Nunc autem quod vult etiam in actione stricti judicii interdum in litem jurari, admittit etiam ob culpam debitoris. Admittit enim ob ejus moram; mora autem culpa est. *L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* et ea quidem, quæ sæpe dolo careat. Quid enim si isqui in diem debuit, suo die non solvat? Moram facit; sed non utique dolo: cum fieri possit, ut ideo differat, quia creditorem putavit facile passurum hanc moram, puta amicum hominem, aut alioqui creditorem non molestum. Aut ergo Marcianus aliud prius, aliud nunc jusjurandum intelligit; aut si de eodem jurejurando hæc dicit, pugnantia secum loquitur. Non enim ad rem pertinet, quod nunc jusjurandum admittit ob culpam quidem, sed in actione stricti juris; cum quod prius id denegavit, id fecerit in aliis actionibus. Nam hoc modo non jam tam contraria quam absurda diceret; cum si jusjurandum ob culpam admittatur in strictis judiciis, multo citius admitti debuerit in arbitrariis et bonæ fidei, in quibus pleniora omnia recipiuntur. *§. in bonæ, §. præterea, Inst. de action.*

Res ergo ostendit, quibuscunque verbis Marcianus ista exprimat, aliud tamen atque aliud jusjurandum in principio atque hoc loco accipi debere; quæ re ipsa tam aperte ab illo distinguuntur. Nam ut putemus eum de eadem re eodem in loco atque adeo continenter contraria scripsisse, nulla ratio patitur; ✝
15 Et res ita habet, ut initio hujus tituli docui. Jusjurandum in litem de æstimatione rei duplex est. Unum, quo jurat actor quanti rem æstimet, vel ex effectu, quamvis ultra rei pretium. Alterum, quo jurat de vera æstimatione, idest, quanti res vere sit, seu quanti sua intersit. Prius multis locis notatum est, maxime autem in *L. 1. L. 2. §. 1. supr. L. tutor, infr. eod.* ac de eo loquitur initio hujus capitis Marcianus, cum ait in actionibus in rem, ad exhibendum, et bonæ fidei in litem jurari. Scimus enim ex aliis locis in illis actionibus id jusjurandum recipi, ut tot locis constat, quot supra a me eodem initio capitis in singulis generibus earum actionum indicati sunt. Neque vero obscure Marcianus de eo se sentire declarat, cum subjicit, in omnibus iis actionibus, quas nominaverat, ob dolum solum in litem jurari. Illic enim solum dolus et contumacia non exhibentis aut non restituentis in jurejurando in litem exigitur, cum juranti fit potestas rem æstimandi, ut videtur, etiam supra verum pretium. *d. L. 1. L. 2. §. 1. supr. d. L. tutor. infr.* Atque ut nihil amplius dixisset quam in superioribus actionibus in litem jurari; tamen appellatione jurisjurandi in litem recte prius istud jusjurandum acciperemus, quia in usu juris specialiter per excellentiam ita dicitur. Unde est quod hic, et in *L. 4. §. ult. supr.* dicitur absolute jusjurandum in litem ob culpam non deferri. Quod nisi de priore illo intelligitur, falsum est, et pugnabit cum hac parte posteriore, in qua etiam ex culpa interdum in litem jurari dicitur: de quo paulo post. Nec abs re est, quod id jusjurandum in litis æstimationem specialiter dicitur, cujus æstimatio vere et præcipue actori committitur: id autem tunc fit, cum committitur arbitrio actoris. ✝ Posterius jusjurandum in id quanti 16
res est, intelligit Marcianus hoc loco, cum et *in actione stricti judicii in litem jurari* ait. Inepti essemus, fateor, si hoc ita interpretaremur, quia ita tantum scriptum esset, etiam in hac actione in litem jurari: cum potius in iisdem verbis par esset idem jusjurandum accipi. Sed ipse hoc se intelligere postea indicat: quod diligenter hic observandum est. Non enim simpliciter dicit hic jurari in litem, sed *interdum*: ac mox quando id, et qua in æstimatione rei fieri velit, explicat, ait enim id tum fieri, cum res periit post moram debitoris, idque ideo, quia judex æstimare sine delatione jurisjurandi non possit rem, quæ non exstat. Hac ratione aperte declarat admittere se solum hoc jusjurandum in ea re perempta, quam judex æstimare debeat; quam tamen non possit æstimare sine delatione jurisjurandi. Unde intelligitur et in ea re solum admittere, de cujus vera æstimatione agitur. Nam primum æstimare rem, nihil aliud est, quam æstimare, quanti res est: hoc autem veram æstimationem continet. *L. 2. §. ult. supr. qui sat. cog.* Deinde quoties æstimatio rei judici committitur, ut hic fit, hoc intelligitur committi, ut judex ex vero rem æstimet, et id damnum quod re vera inducitur, ut præcipitur in *L. unica, vers. in aliis autem,*

C. de sent. quæ pro eo quod int. prof. Et certe quæ æstimatio pretium excedit, hæc judici non committitur, sed actori, cujus arbitrio res æstimatur. *L. tutor, infr. eod.* Prius ergo jusjurandum accipitur, cum nominatur simpliciter jusjurandum in litem, ut fit in priore parte hujus capitis; sed hoc tandiu, quandiu auctorem de altera specie sensisse non appareat, ut hic de altera eum sensisse appareat. Sed si nunc de jurejurando quod sit in veram æstimationem, non de illo priore Marcianus loquitur: quomodo convenit, quod hanc partem a priore velut excipit, cum hoc jusjurandum cum priore nihil commune habeat, eoque ab illo nisi inepte excipi non possit? Recte convenit. Nam ex eo, quod prius dictum est in actionibus arbitrariis et bonæ fidei solis in litem arbitrio actoris jurari, intelligimus in actionibus stricti juris eodem modo in litem non jurari: et id perpetuum est, nec inde quidquam excipitur. Sed ex eo hoc etiam effici videbatur, in actionibus stricti juris nullo modo jurari in litem, aut certe de eo poterat dubitari. Ex hac tacita collectione est id, quod nunc subjicitur. Eam enim Marcianus explicat, et majore ex parte confirmans aliquid inde excipit: et recte excipit, cum generalis sententia fuerit. Unde quæcunque species postea excipietur, recte dicatur prius in oratione generali comprehensam fuisse. Sic ergo exceptio prioribus aptanda est: quod dixi in actionibus arbitrariis et bonæ fidei in litem jurari, easque solas nominatim appellavi, eo spectat, ut intelligatur in totum non jurari in litem in cæteris, puta stricti juris. Quod et maxima ex parte verum est: sed tamen non est perpetuum, plane enim et in his interdum in litem jurandum est.

17 Hoc de genere † jurisjurandi hoc loco recte constitui in primis utile est: ex quo tria hæc assequimur. Nam primum statuitur hic jusjurandum in litem, quod sit de vera solum rei æstimatione, idque in strictis judiciis, et solum etiam ob culpam: quod genus aut non traditur alibi, aut aperte, ut hic, in litem non nominatur. Deinde intelligimus, ut in actionibus stricti judicii ei jurijurando locus est: sic in eo genere non esse unquam locum illi alteri, ut res ultra verum pretium arbitrio actoris æstimetur. Qui enim in hoc genere interdum jurari in litem dicit, et id jusjurandum interpretatur, quod sit de vera æstimatione: aperte unam tantum speciem jurisjurandi ei generi tribuendo, ei cæteras adimit. arg. *L. maritus, in fin. C. de procur. L. cum de Lanionis, §. cui fundum, infr. de instrum. vel instr. leg.* Sed et vulgo vere dicitur, exceptionem confirmare regulam in omnibus, quæ excepta non sunt. *L. quæsitum, §. idem respondit, domo instructa, infr. de inst. vel inst. leg.* Quod autem jusjurandum in litem de vera æstimatione tribuitur hoc loco actioni stricti juris, exceptio est præcedentis sententiæ, qua significabatur in actione stricti juris in litem non jurari. Quare hac exceptione jus illud prius in altero jurejurando non excepto confirmatur. Postremo superiore distinctione jurisjurandi constituta, fit, ut intelligatur non esse hæc contraria: quod in hoc capite prius dicitur in actionibus omnibus, quas initio appellaverat ob solum dolum in litem jurari, non etiam ob culpam, quod generaliter de omnibus actionibus traditum est in *L. 4. §. ult. supr.* hic autem dicitur etiam ob culpam jusjurandum in litem deferri, et quidem in actione stricti juris. Dicta enim hæc sunt de alio atque alio jurejurando: quæ genera quam recte in hac re distinguantur, tum intelligetur, cum de caussa hujus posterioris dixero. Quod si de eodem jurejurando dicta essent, non effugeremus, quin essent contraria. Nec quidquam nos adjuvaret, quod cum dicitur hic *interdum in litem jurari*, adjicitur *in actione stricti judicii:* cum prius illud dictum esset, in actionibus arbitrariis dumtaxat, et bonæ fidei. Ut enim jam ante attigi, quod hic dicitur fieri in actione stricti judicii, non simpliciter dicitur, sed addita particula, *et* his verbis, *interdum et in actione stricti judicii*: quæ oratio etiam reliquas actiones conjungit, et omnibus tribuit idem hoc jusjurandum. Et ut simpliciter dictum esset, interdum jurari in litem in actione stricti juris: tamen quacunque de caussa id fieri diceretur, ad actiones etiam arbitrarias, et bonæ fidei multo magis pertineret: cum plenius omnia in illis actionibus admittantur. *d. §. in bonæ, §. præterea. Inst. de act.* Sed ut dixi, scripta sunt ista de diversis generibus jurisjurandi, et utrumque in suo genere vere et convenienter dicitur. Nunquam enim juratur in litem ob culpam, ut litis æstimatio arbitrio actoris permittatur: quæ prioris partis sententia est. At recte juratur interdum in litem ob moram, idest, culpam debitoris, cum res post moram periit, et solum de vera rei æstimatione agitur; quæ sententia est hujus partis posterioris.

† AIT HIC NON JURARI, ut in prioribus actionibus, sed *jurandum esse:* non otiose, sed quo significetur jusjurandum hoc, 18

quod defertur interdum etiam in strictis judiciis, necessarium esse; prius illud magis voluntarium. Quod et verum est. Re enim perempta quæ nihilominus adhuc debeatur, deferre jusjurandum actori de vera tantum rei æstimatione, necessitatis est, ubi illi aliter consuli non possit; quod fit in eo jurejurando, de quo nunc agitur, ut postea declarabitur. Deferre autem actori, ut litem arbitrio suo æstimet, idque supra rei pretium, quod fit in priore jurejurando, voluntatis est, et pœnæ, non ullius necessitatis: cum intra veram æstimationem consistendo, id est, id quod ei abest, sarciendo, non minus rem salvam habere potuerit. Unde et præcipue dicitur hoc jurejurando contumacia rei puniri, *L. tutor, infr.* Potuit autem pœna omitti, ut nihilominus actori consuleretur.

AIT, JURARI INTERDUM. Quando igitur? explicat his verbis: *veluti*, inquit, *si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit.* Dixit *veluti*, ut intelligeremus sic eum certas res nominare, ut tamen nominet exempli caussa, ac nihilominus sub una specie res omnes ejusdem generis ac similes accipere debeamus, ut fit, cum exempli caussa aliquid dicitur. *L. 1. §. quod vulgo, infr. unde vi.* Atque hoc modo hic et de promissore, et de Sticho, et de morte loquitur. Nam etsi debeatur quid non ex promissione, sed ex alia caussa, puta ex testamento, idem est, ut declaratur *L. alias, seq.* Unde et regula paulo ante concepta est generaliter de actione stricti judicii. Idem, etsi non Stichus, sed res quævis alia debeatur. Hoc enim solum spectatur, an debitor in re debita moram faciat, ac postea res decedat. Sed etsi culpa debitoris res debita perierit, quamvis sine mora, idem dicemus: propterea quod culpa alia æque ac mora perpetuat obligationem. *L. si servum, in pr. et §. sequitur; infr. de ver. ob.* Quibus consequens est, ut si alia res debeatur, quam quæ mori possit, in hujus quoque amissione seu interitu rei conveniente idem intelligi oporteat.

19 † Ergo in summa sub appellatione certarum rerum nihilominus generalis definitio est, qua Marcianus caussas hujus jurisjurandi complectitur. Ac breviter intelligimus duas res in universum esse, quæ hoc jusjurandum in actione stricti judicii inducant: culpam debitoris, quæ perpetuarit obligationem, et interitum rei debitæ: ut neque culpa debitoris re adhuc exstante, neque rei interitus sine præcedente culpa quidquam proficiat ad hoc jusjurandum. Quæ cur duo hic exigantur, et simul conjuncta cur ad hoc prosint, cognoscendum est. Primum moram, aut sine mora culpam debitoris intervenire oportet, ut vel mora ab eo facta, vel culpa ejus res perierit. Hoc ideo, ut procedat, quod de interitu rei postea amplius exigitur. Nam si ad hoc jusjurandum etiam rem interire oportet, omnino necesse est, ut interitum culpa debitoris præcedat; quoniam si prius res pereat, quam per debitorem factum sit, quominus daret, jure liberatur. *L. si ex legati, infr. de verb. obl. L. quod te, supr. si cer. pet.* et quidem ita, ut nec æstimationem debeat. *L. in ratione, §. incertæ, infr. ad leg. Fal.* Quo fit, ut quæstione de æstimatione rei sublata, simul etiam jusjurandum, quod de ea æstimatione est, tollatur. Vel verius, ut actione sublata aut nullum judicium esse possit, in quo hoc jusjurandum postuletur, aut judicio instituto judex reum absolvere, non litem adversus eum æstimare debeat. At mora facta, perpetuatur deinceps obligatio: ut quamvis res pereat, postea nihilominus tam teneatur debitor, quam si res exstaret, *d. L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, L. nemo, §. 1. infr. de verb. oblig.* Unde et re perempta etiam nunc de æstimatione rei superest actio. *L. in re, infr. de cond. fur.* Idem est, etsi culpa debitoris res perierit. *d. L. si servum, in pr. et §. 1. de ver. obl.* Cum autem hic exigatur culpa tantum in hoc, ut re perempta perpetuetur obligatio: apparet quam recte exigatur sola culpa, non etiam dolus: quippe ad perpetuandam obligationem sola culpa sine dolo satis est. *d. L. si servum, §. sequitur.* Itaque neque mirum, neque his contrarium videri debet, quod prius dictum est, in arbitrariis et bonæ fidei actionibus *ob dolum solum in litem jurari.* Nam præterquam quod id dicitur de eo jurejurando, quo res ex affectu domini æstimatur, quæ pœna ut gravior est, ita majus delictum desiderat: hoc etiam accedit ad dissimilitudinem, quod in illo jurejurando dolus et contumacia per se spectantur, et quia tales sunt, coercentur; non etiam in re perempta ad perpetuationem obligationis exiguntur, ut in eo de quo nunc agimus. Nihil prodest ad hoc jusjurandum inducendum mora debitoris, ac ne dolus quidem recusantis, nisi et res post moram interciderit in totum, aut ex parte, ut eatenus jam non exstat. Ait enim Marcianus *in stricti judicii actione jurari in litem* hac conditione, *si Stichus promissus post moram decesserit.* Unde colligitur, si adhuc exstet, in his judiciis in litem non jurari. Arg. in *L. 1. vers. hujus, supr.*

de off. ejus. Et quidem ad rem quæ non exstat, ratio sequens collata est. Sed et hoc apertius declaratur in *L. alias, seq.* cum ita dicitur: *alias si ex stipulatu vel ex testamento,* idest, in strictis judiciis *agatur, non solere in litem jurari.* Ubi verbum, *alias*, non potest referri, nisi ad conditiones prius comprehensas, quæ significantur ideo esse adiectæ, quia *alias*, idest, extra has in his judiciis non juratur in litem. Videndum ergo, cur ad hoc jusjurandum etiam exigatur, ut res debita non exstet. Et ratio hoc loco addita est: *quia judex æstimare sine delatione jurisjurandi non potest rem, quæ non exstat.* Sic enim legendum est, non ut in Pand. Florentinis, *sine relatione jurisjurandi:* quod pene supervacuum est monere: est enim in promptu: quia nemo de re controversa jusjurandum defert judici, ut quis dicat id postea a judice referri: maximo autem jusjurandum in litem, quod totum defertur a judice, et si ab alio delatum sit, nullum est, *L. 4. §. deferre, supr.*

Et hoc de verbis constat. Sed ratio ipsa per se parum expedita est; omninoque diligenti cautione et animadversione indiget. Videtur enim pariter et sententiam falsam continere, et ad id quod propositum est, esse inepta: ut si ita est, nulla potuerit adferri vitiosior. Primum falsum, non posse judicem rem quæ non exstat, æstimare sine delatione jurisjurandi. Quid enim? an non potest actorem cogere, ut probet rem tanti esse, quanti esse dicit, et ea probante rem tanti æstimare sine alio actoris jurejurando? Sed et sine alia ejus probatione aut jurejurando an non potest illi affirmanti credere? nam quomodo rem æstimat, cum actor delato sibi jurejurando de æstimatione juravit? non aliter, quam ejus affirmationem de rei æstimatione sequendo, et tanti reum condemnando. Quid ergo prohibet, quominus et cum ille nihil juravit, sed tantum rem tanti esse affirmavit, hanc ejus affirmationem judex sequatur, ut tanti et ipse rem æstimet, et tanti reum condemnet? Iniquum est, dices, talem affirmationem sequi sine jurejurando. Sed nihil hoc ad defensionem, ut videtur. Non enim dicitur iniquum esse rem ita æstimare; sed judicem ita æstimare non posse: quod verum non est. Jam vero ut maxime sententia vera sit; tamen quia pro ratione affertur, hoc ipso vitiosa est, si non est idonea ad efficiendum id, ad quod adhibetur, qualis esse hæc videtur. Sic enim colligit: quia rem quæ periit, judex æstimare sine delatione jurisjurandi non potest, ideo in litem, id est, in eam æstimationem deferendum jusjurandum, et jurandum est, ut scilicet judex hanc secutus tanti reum condemnet. Non recte colligitur, dixerit aliquis. Non enim necesse est ad rem æstimandam jusjurandum adhibere, nisi prius constiterit actore æstimationem non probante, nihilominus rem a judice esse æstimandam, ut reus in eam æstimationem condemnetur: quinimo æstimatione sublata supervacuum est de æstimatione jusjurandum. At de necessitate hac rem æstimandi nihil Marcianus dicit; et si rem hoc casu æstimandam esse diceret, videri posset falsum quoque hoc esse: cum potius dici debuerit juxta regulam juris, actore non probante non litem adversus eum æstimandam, sed reum absolvendum. *L. qui accusare, C. de eden.* Quæ explicanda sunt. Et ut sunt ista a me proposita, ita prius de veritate sententiæ respondebo. Quod ergo dicitur non posse judicem rem quæ non exstat, sine delatione jurisjurandi æstimare, re vera falsum est, si quis de eo, quod natura fieri potest, interpretetur. Sed hoc sic accipiendum est: ut non possit jure atque ex officio judicis, quia non potest sine injuria aut actoris aut debitoris. Namque si volet ideo rem æstimare sine delatione jurisjurandi, quia probationem exigat ab actore, et huic probationi tantum credi velit: id quidem instituit, quod fieri natura concedit. Potest enim actor id probare, ut deinde judex fidem hujus probationis sequatur: sed fiet actori injuria, si hanc probationem potius ab invito exiget. Sic enim evenient, ut illo de æstimatione non probante, reus absolvi debeat. At re amplius non exstante, æstimationis ejus aut difficilis, aut potius nulla legitima probatio est. Nam instrumentis hic locus non est. Neque enim ulla instrumenta confici solent, quæ contineant, quanti res sit, cum interit. Testes qui de æstimatione dicant, non temere reperiri possunt. Aut enim rem cum exstaret, non viderunt; aut si viderunt; non observarunt curiosius, quanti esset: aut si quando obiter observarint, nunc non meminerunt. Porro actorem in hac caussa ideo æstimationem amittere, quia de ea docere non possit, aperte iniquum est: cum cur res periret, ideoque et de æstimatione rei illi agendum esset, per debitorem factum sit: cujus mora, aut culpa actori nocere non debet. *L. in condemnatione, §. unicuique. L. factum, infr. de reg. jur.* Ita, ut dixi, non potest in hac re sine actoris injuria probatio ab eo exigi, ubi hanc judex omissa delatione jurisjurandi omnino sequi velit. Quid tamen, si actor sponte sua probet quanti res fuerit? nonne saltem hoc casu verum erit posse judicem rem æstimare et natura et jure, idque sine delatione jurisju-

randi? Verum erit; sed ad hunc locum non pertinet. Non enim hic agitur, quid judex statuere possit adversus volentes, sed quid adversus invitos. Alioqui nemo dubitat, quin volente debitore judex possit credere solum affirmanti actori, et ita litem æstimare sine ullo jurejurando. Quod si judex necessitate probandi actori remissa volet nudam ejus æstimationem sequi sine delatione jurisjurandi: vitabit quidem injuriam, quæ alioqui actori fieret; sed injuriam faciet reo, quod cum posset actorem sine injuria obstringere religione jurisjurandi, ne falsum diceret, et hanc veluti probationem ab eo exigere, maluit eum absolute in caussa sua facere judicem. Quod cum genere ipso iniquum sit, nunquam quoad ejus fieri poterit, est admittendum. *L. Julianus ait, supr. de jud.* Habet igitur ratio Marciani hanc sententiam: judicem in proposito neque debere legitimas alias probationes exigere ab actore de æstimatione rei quæ non exstat, ut hoc modo delationem jurisjurandi umittat; neque rursum debere solum affirmanti credere sine jurejurando: quia prius cum injuria actoris conjunctum sit, posterius cum injuria rei. Quod cum ita esset, non male dixit Marcianus, quamvis simpliciter, non posse judicem sine delatione jurisjurandi æstimare rem quæ non exstat: quia non potest jure, non recte, non ex officio: ut generaliter dicimur illa non posse, non solum quæ natura, sed etiam quæ jure et honeste non possumus. *L. filius, infr. de cond. inst.* Quod ad ratiocinationem et collectionem Marciani in hac ratione attinet, fateor hoc quoque, si nihil amplius hic dicatur, quam judicem sine jurejurando æstimare rem non posse: non recte colligi, ideo eum jusjurandum de rei æstimatione actori deferre debere: cum possit dici, posse judicem pariter æstimationem eum jurejurando omittere. Sed intelligendum est in ratione Marciani assumptionem esse, quæ propositionem in se inclusam habeat. Apparet enim sic illum dicere non posse judicem rem æstimare sine jurejurando: ut hoc ipsum supponat, et pro certo sumat, postquam res debita post moram periit, debere judicem omnino rem æstimare, ut æstimatio actori præstetur. Alioqui quorsum pertineret dici: non posse judicem sine jurejurando rem æstimare, si etiam eum jurejurando adhibito æstimare posset, non cogeretur? Sed addit hoc illum facere non posse sine injuria, nisi jurejurando prius delato. Ex quo recte colligit hoc ipsum jusjurandum in litem, id est, in eam æstimationem deferendum esse. Sed cur volumus judicem omnino æstimare debere rem, quæ post mortem periit; ac non potius actore non probante omittitur hæc æstimatio, et reus absolvitur juxta regulam juris? *d. L. qui accusare, C. de eden.* Quia necessitas in hac caussa aliud jus postulat. Alioqui culpa debitoris ipsi prosit, actori noceat, ut ante dixi: quod jus et æquitas vetant. *L. factum, L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur.* Et tamen ne sic quoque videatur penitus a superiore jure discedi, adhibetur hic jusjurandum, quod pro justa probatione habetur: idque ita haberi adversus reum ob eandem caussam, quam modo dixi, æquum est. Eadem caussa facit, ut quod per se alioqui iniquum futurum esset, quemquam judicem in sua caussa fieri, *d. L. Julianus ait, de jud.* in hac caussa non sit iniquum, ubi jusjurandum ante delatum accedit: cum aliter actori consuli non possit, et huic delationi culpa debitoris caussam dederit.

Si res in pacua conferenda est: Summa hæc erit, quam de jurejurando hujus loci, deque ejus caussa breviter et dilucide comprehensum teneamus. Cum post moram debitoris res periit, ante omnia hoc statuendum est, debitorem adhuc teneri, non ut rem præstet, quæ non est, sed ut æstimationem. *L. in re, infr. de cond. fur.* Quod fit, ut re in judicium deducta, judex rem quæ periit, æstimare debeat, et in tantam pecuniam reum condemnare. Res expedita, si de æstimatione rei inter actorem et reum conveniat, ut quanti eam rem fuisse dicat, actor tanti fuisse reus fateatur. Quod si de eo erit controversia, ut reus tanti fuisse neget: hic non sequimur regulam juris de onere probandi, quæ ei qui dicit, probationem imponit, et eo non probante reum absolvi jubet. *L. 2. infr. de prob. L. qui accusare, C. de eden.* Sed ses committitur jurjiurando actoris, ut quanti rem fuisse judice deferente juraverit, in tantam æstimationem reus condemnetur. Cur ergo aut probanti non creditur solum, aut non creditur solum affirmanti? Quia neutro modo judex rem æstimare potest sine injuria, eoque nec eum æstimare posse credendum est, quomodo Marcianus loquitur. Non si exigimus ab actore, ut probet quanti res sit, nec aliter ei credimus: cogimus eum una cum re etiam æstimationem amittere: quia hanc facile probare non potest. Rem autem illi perire, quia non probet, iniquum. Debitoris enim culpa factum est, cur æstimatio in dubium vocaretur: cum si rem suo tempore præstitisset, actor consequutus esset, quod vellet, nec jam de æstimatione rei quæreretur. Hæc culpa ipsi qui

admisit, non adversario nocere debet. *d. L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *L. factum, infr. de reg. jur.* Rursum sic probationis necessitas in hac re actori remittenda est, ut non possit judex sine injuria solum affirmanti credere: cum possit hanc saltem quasi probationis speciem ab eo exigere, jusjurandum. Quod quia in ipsius potestate est, recte fit, si ab eo exigitur, et ipse sine turpitudine recusare non potest. *L. manifestæ, supr. de jur.* Ita fit, quod Marcianus ait, ut et in proposito non possit judex rem æstimare, quæ non exstat: non possit, inquam, recte, non possit sine injuria, nisi delato jurejurando. At hoc interposito simul evenit, ut utrique parti consulatur: actori quidem, dum per hoc justæ probationis onus ei remittitur; reo autem, dum quantum probationis licet ab actore exigere, tantum exigitur, nec temere affirmanti fides habetur. Hinc illa necessitas hujus jurisjurandi interponendi, de qua dixi, propter quam recte dictum est a Marciano in hac specie *in litem jurandum esse*, non jurari. Necesse est enim id jusjurandum interponi, siquidem utrique parti consultum volumus, ac sine eo res ut oportet, æstimari non potest.

20 Sed quoniam hucusque diximus † huic jurjiurando, locum esse, cum res periit, cum interiit, cum amplius non exstat, veluti cum Stichus decessit: ne quis hoc sic accipiat; quasi non alias locus sit ei jurjiurando, quam cum res in totum periit, ut fit, cum Stichus decessit: diligenter monendum puto, idem admittendum esse et in re deteriore post moram facta, ut juretur hic et de æstimatione, quatenus res deterior facta est. Nam et id quod eatenus periit, *non exstat*: nec magis potest nunc æstimari sine jurejurando, quam si res omnino periisset. Et vero quod juris est de toto, idem et de parte intelligendum esse placuit. *L. quæ de toto, supr. de rei vind.* Atque huc pertinuit, quod initio hujus caussæ de interitu dixi, nihil prodesse moram ad hoc jusjurandum, nisi res post moram interciderit in totum aut ex parte, ut eatenus non exstaret. † Ad 21 extremum non est prætereundum, quod Marcianus ait, hæc statui non in actione stricti judicii, sed *et in actione stricti judicii*. Jam dixi aliquoties hac conjunctione nos admoneri, quod hic actionibus stricti judicii tribuitur, ita his tribui, ut sit etiam cum aliis commune. Atque hoc voluit intelligi, si quid ex bonæ fidei, aut arbitrariis actionibus præstandum sit, quod itidem post moram debitoris possessorisve perierit, non minus, atque adeo multo magis etiam in his eodem modo jurandum esse, ut in quibus et eadem æquitatis ratio, et natura actionum plenior, evidentius idem jus desiderent; sed jus ita per se æquum esse, ut nulla habita ratione actionis, etiam in strictis judiciis admittatur. Sed hæc omnia, inquam, ita, si res post moram aliquatenus non exstet. Quod si adhuc exstabit, contra: de quo clarius subjicitur in fragmento sequenti.

Ad L. Alias 6.

Paulus lib. 26. ad Edictum.

Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari.

SUMMARIUM.

1. *In strictis judiciis nunquam in litem jurari, quamvis post moram debitoris, quandiu res petita exstabit, et cur potius, quam re non exstante.*

1 Sensus est: quod de jurejurando in litem strictis judiciis admittendo dictum est in extremo capitis præcedentis: recte admissum est, cum res post moram exstare desiit: tum enim id locum habet. ALIAS, idest, si adhuc res exstabit, non solet in litem jurari ullo modo, si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, idest, in stricti judicii actione, quales hæ sunt actiones. Hæc enim exempli caussa dicta sunt, ut exprimeretur exemplis, quod in superiore capite generaliter dictum erat, de actione stricti judicii. Cæterum ut illic jusjurandum in litem generaliter admittitur in hoc genere actionis sub hac conditione, Si Stichus post moram promissoris decesserit: ita sub contraria conditione repudiatur

in omnibus ejusdem generis, si Stichus promissus adhuc exstabit. Proinde in omnibus condictionibus indebiti, ob caussam, et similibus, quæ et ipsæ stricti judicii sunt, idem juris est. Bene autem dictum est in his hoc casu in litem non jurari; non autem et in his, ut aliæ quoque actiones, quæ stricti juris non sunt includantur, ut supra factum est, cum Marcianus dixit, *et in actione stricti judicii interdum in litem jurandum*. Non enim ut omnium actionum commune est, ut in his juretur in litem, cum res post moram periit: ita est omnium commune, ut in his non juretur, si adhuc res exstabit. Solum actionum stricti judicii hoc proprium est, ut in his re exstante nunquam in litem juretur. Diversum est in bonæ fidei judiciis et arbitrariis: in quibus utcunque dolo adversarii fiat, ut res non restituatur, quantumvis exstet, juratur in litem: et quidem ita, ut rei æstimatio arbitrio domini subjiciatur. Huic enim jurijurando in contumacia rei locus est. *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *supr. L. tutor*, *infr. eod.* Non est autem contumacia, nisi cum qui restituere rem debet, et potest, is non restituit. *L. contumacia, in fin. infr. de re jud.* Sed cur in strictis judiciis re post moram perempta jusjurandum actori damus, ut de vera æstimatione jurans audiatur; re autem exstante ubi itidem quæratur de rei æstimatione, et res dolo etiam adversarii non præstetur, non idem jusjurandum actori concedimus? Quia cessat necessitas et æquitas superior, propter quam re non exstante jusjurandum de rei æstimatione admitti diximus. Re enim sublata ex oculis, probari facile non potest, quæ fuerit æstimatio æstantis, quam homines aut non viderunt, aut non considerarunt attentius, ut possent tum pretium statuere, vel ejus nunc meminisse. Rei autem exstantis æstimatio facile probari potest, si de ea dubitetur. Tantum enim res subjiciatur oculis hominum peritorum: tum hi re considerata statim dicent, quanti res sit: in quo non tam testimonio, quam peritia et judicio opus est. Nunquam autem ad hoc jusjurandum tam reo periculosum nisi magna caussa exigente decurrendum est. Atque hinc apparet, quam recte in extremo præcedentis capitis dixerim etiam tunc hoc jusjurandum admittendum esse, cum res deterior facta est, ut hactenus et de æstimatione juranti credatur. Nam quod periit, et quo res deterior esse cœpit, non magis oculis subjici potest, ut probetur ejus æstimatio ex aspectu, quam potest tota res, quæ periit.

Ad L. *Vulgo.* 7.

Ulpianus *lib.* 8. *ad Edictum.*

Vulgo præsumitur alium in litem non debere jurare, quam dominum litis. Denique Papinianus ait, alium non posse jurare, quam eum qui litem suo nomine contestatus est.

EXPOSUI ad *L.* 4, *in pr. supr.*

Ad L. *Si tutor.* 8.

Marcellus *lib.* 8. *Digestorum.*

Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult, quæro, utrum quanti res est, an quanti in litem juratum fuerit, condemnari debeat? Respondi, non est æquum pretio, (idest quanti res est), litem æstimari, cum et contumacia punienda sit: et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem jurandi concessa.

Exemplum est pertinens ad definitionem, quæ traditur in principio *L.* 5. *supr.* Ubi de toto genere, et de ratione hujus loci a me dictum est.

Ad L. *Cum furti.* 9.

Jabolenus *lib.* 15. *ex Cassio.*

Cum furti agitur, jurari ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit: non adjici, *eo plurisve:* quia quod res pluris est, utique tanti est.

SUMMARIA.

1. *In furti actione etiam in litem jurari posse.*
2. *In furti actione jurari, quanti res sit: et quanti tunc, cum furtum factum est.*
3. *Non esse necesse adjicere,* Plurisve.

Ex furto duas esse actiones constat, furti, et condictionem furtivam. illam de pœna furti; hanc de re subtracta. §. *ult. Inst. de obl. quæ ex mal. L. si pro fure,* §. 1. *infr. de cond. fur.* De actione furti hic agitur, ut illa verba indicant: *Cum furti agitur.* In qua circa jusjurandum in litem quatuor quæruntur. Primum, an hic in litem jurari possit. Secundum, si potest: quam ad rem, seu qua de æstimatione jurandum sit. Tertium, quo ex tempore res æstimanda. Quartum, quomodo jurandum. Hic enim naturalis ordo est in his quærendis. Quæ quatuor Jabolenus hoc loco magna brevitate complexus est, de singulis quid sentiat, partim 1 significans, partim exprimens. † Primum pro explorato sumit etiam in hanc actione in litem jurari posse. Non exprimit id quidem, sed posteriora duo statuens, quæ sunt iurjiurando admisso consequentia, aperte antecedens ponit, quod est jusjurandum. Et recte hic quoque jusjurandum in litem admittit. Etsi enim furti actio stricti judicii est: tamen etiam in hoc genere actionum placet in litem jurari de vera æstimatione, si res de qua agitur, post moram perierit. *L. in actionibus, in fin. supr.* quod et ad actionem furti pertinet. Nec moveri debemus, quod hæc actio est de pœna furti, non de re furtiva, cujus de æstimatione in hoc jurejurando quæritur. Sic enim actio de pœna est, ut non eo minus in eo judicio et res furtiva æstimanda sit. Petitur enim ea actione duplum aut quadruplum, §. *pœna,* §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex mal.* Id quantum sit, intelligi non potest, nisi prius constiterit, quanti sit res furtiva, idest, id simplum, quod duplandum aut quadruplandum est. Quod si hic res æstimanda est: etiam de ea æstimatione jusjurandum locum habebit.

† Secundo ita scribit, jurari oportere, 2 tanti rem fuisse, quæ verba veram æstimationem contineut: et hoc indicant, jusjurandum hoc esse de vera æstimatione, ut juret

actor quanti res sit furtiva. seu quanti ejus intersit, non autem quanti ex affectu rem æstimet. *L. 2. §. ult. sup. qui sat. cog. L. non abs judice, supr. de jud. L. 1. L. tutor, supr. eod.* Quod congruit his, quæ de jurejurando in litem strictis judiciis admittendo supra diximus ad *d. L. in actionibus, in fin. sup.* De tertio aperte scribit, tanti rem æstimandam esse, quanti fuit, cum fortum factum est. Atqui si de re condictiooe furtiva ageretur, æstimatio fieret ejos temporis, quo res unquam plurimi fuisset, postqoam furtum factum est. *L. in re, §. 1. infr. de cond. fur.* Cur non igitur et in actiooe furti, com res æstimanda est, idem dicimus? Differentiæ ratio est, quod in condictione res furtiva petitur: quod quia omnibus temporibus debetur, ideo ex omnibus temporibus æstimanda est pro arbitratu et commodo petitoris. In actione autem furti non res petitur, sed furti pœna: quam æstimari oportet ex eo tempore, qno furtum factum est. Actio enim furti, quæ hanc pœnam persequitor, jore proposita est ei, cujus interfuit rem non surripi. *L. cujus. 10. infr. de fur.* Hæc verba ad id quod interest eo tempore, quo fortum
3 factum est, non obscure referuntur. † Qood reliquum est, definit ita oportere jurari, ut satis sit actorem dicere certam summam, quanti rem fuisse jurat, non autem habere necesse adjicere, *plurisve*. Quod eo dicit, ot occurrat eorum dubitatiooi, quibus metu periurii hoc ita addendum esse videri potest. Nam quam rem jurat quis valere viginti, fieri potest, ot ea valeat viginti quinque: quod si fit, putent fortasse aliqui pejerari. Quare adversus hoc periculum censent consultom esse, ut dicatur rem tanti esse, aut eo ploris: quoniam hac adjectione contineatur et si quid pluris est, atque ita vitetur perjurium. Et ad hoc dilocodom sobjecta est ratio sequens. Non oportet, inquit, *adjici eo, plurisve:* quia quæ res pluris est, utique tanti est. Significat bis verbis, non esse metuendum in proposito, oe is qui juravit rem valere viginti, videator pejerare, si res pluris valeat, puta viginti qoinqoe: quia si valeat viginti quinque, utique verum est et valere eam vigioti, de quibus affirmatum est: ioest enim semper minor summa in majore. *L. 1. §. si stipulanti, infr. de ver. obl.* Locus autem interpungendus est hoc modo: *non adjici eo, plurisve: ut eo* conjongatur cum verbo *adjici*, noo com verbo *pluris*. aitque sententia: non oportere eo, idest, ad certam summam, quæ prius expressa est, adjicere hæc verba, *plurisve*. Quod ad rationem attinet, nihil interest, otrum legatur hoc modo: quia quæ res pluris est, utique tanti est, ut in quibusdam exemplaribus; an vero nt in Flor. quia quod res pluria est, utique tanti est. Nam et quæ valet vigintiquinque, eadem haud dubie valet viginti: et hoc ipso valere eam viginti colligitur, quod vigintiquinque valere concesseris.

Ad L. *In Instrumentis.* 10.

Callistraus *lib.* 1. *Quæstionum.*

In instrumentis, quæ quis non exhibet actori, permittitur in litem jurare, quanti sua interest, ea proferri, ut tanti condemnetur reus. Idque etiam divus Commodus rescripsit.

Et hic exemplum est actionis ad exhibendum, in quo in litem juretur, quod item referri debeat ad definitionem *L. 5. supr.* ut et exemplum. *L. tutor, supr. eod.*

Ad L. De perjurio ult.

Paulus *Lib.* 3. *Responsorum.*

De perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solet.

SUMMARIA.

1. De periurio ejus qui in litem juravit, quæri *quid sit, et vis jurisjurandi.*
2. Non facile, *quid sit, et quæ sit justa caussa ad jusjurandum in litem retractandum.*
3. *Criminaliter de hoc perjurio agi non posse.*
4. *Civiliter agi quando possit, et qua actione.*
5. *Jusjurandum in litem nunquam retractari posse: perjurium in eo jurejurando interdum posse.*
6. *Perjurium in jurejurando solum posse retractari, cum juratum est in litem.*
7. *Jusjurandum in litem quanti res est, solum esse, quod hic dicitur esse ex necessitate juris: cur ita dicatur, et in eo solo esse locum retractationi.*
8. *Summa retractationis ejus, quæ jure esse potest de omni jurejurando in litem, et simul de vi omnis ejus jurisjurandi.*
9. *Hæc verba,* ejus qui ex necessitate juris in litem juravit, *pro ratione definitionis propositæ accipienda non esse.*
10. *Necessitas juris in jurejurando in litem duplex intelligi potest.*
11. *Necessitas juris publici in jurejurando in litem nulla, quæ eum cui defertur cogat jurare.*

Ait Paulus, *De periurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solere.* Definitio est ad vim jurisjurandi in litem pertinens, qua declaratur in summa, ejus jurisjurandi vim hanc esse, ut quamvis invito adversario deferatur; tamen de perjurio ejus qui juravit, quæri postea non possit, neque ad caussam eo jurejurando decisam retractandum, neque ad periurium ipsum per se puniendum. Aut si quæri potest, non possit facile, id est, non nisi ex magna et evidenti caussa. Quod an significetur hac definitione, et quænam sit ista caussa videamus. Nam prius ex verbis non satis intelligitur; posterius ne significatur quidem, sed in dubio relictum ratione et collocatione aliorum locorum explicamdum est. Ait ergo, *de periurio ejus qui in litem juravit, quæri non*
1 *solere.* ÷ De hoc perjurio quæritur, cum de eo agitur. Agi autem potest aut civiliter, aut criminaliter. Civiliter, cum id in quo ultra veram rei æstimationem pejeratum est, solutum repetitur, aut nondum solutum recusatur propter periurium. Criminaliter, cum periurium in crimen vocatur, ut puniatur. Quarum actionum in utraque ideo quæri dicitur de periurio ejus, qui in litem juravit: quia instituitur utraque ex hac caussa quod pejeratum esse dicatur. Unde quæstio, an pejeratum sit, et an ob periurium rescindi debeat, quod juratum, aut inde judicatum est. Quapropter cum ait Paulus, *de perjurio ejus, qui in litem juravit, quæri non solere,* hoc dicere intelligitur: neutrum horum concedi, vel ut retractetur jusjurandum prætextu periurii, vel ut periurii accusatio ad pœnam instituatur. ÷ Sed addit, *non facile*; quo 2
significatur non temere id concedi, nec sine justa et evidenti caussa: ex hac tamen caussa concedi et de perinrio quæri posse. Id enim valet, *non facile:* ut diserte explicatur in illa regula juris; *Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est.* L. pen. supr. *de in int. rest. L. etsi, supr. de reg. jur.* nam illi orationi, *non facile quidquam mutandum est ex solemnibus.* opponitur hæc adversativa, *tamen cum evidens æquitas poscit, subveniendum est.* Prius ergo hoc dicebatur, nihil mutandum esse sine magna et evidenti æquitate: cui adversatur, ex evidenti æquitate esse subveniendum. Sic in *L. venditi,* 6 *C. de act. empt.* cum dicitur venditi actionem, si non aliud ab initio convenit, non facile ad rescindendam actionem competere: hoc omnes dici intelligunt, non facile quidem competere, quia raro et nunquam nisi magna ex caussa: interdum tamen, et ubi justa caussa fraudationis exigit: ut cum venditor nec dimidium justi pretii accepit. *L.* 2, *C. de rescind. vend.*

Postquam ex magna saltem caussa de periurio ejus, qui in litem juravit, quæri potest; nihil proficitur hac definitione, nisi quæ sit ista caussa, intelligitur: quippe qua non cognita fieri possit, ut ubi non oportet, hanc quæstionem admittamos, contraque ubi oportet admittere, denegemus. Quæ sit ergo quærendum est; ex quo eadem opera, et quando de hoc periurio quæri non possit, et
3 quando possit, agnoscemus. ✝ Et perspicuum est nullam admodum agenti idoneam caussam esse de eo quærendi, si agatur criminaliter; quia ut periurium puniatur in quo est solum vindicta publica, privati nihil interest *L. prætor*, 7. §. 1. *infr. de iniur.* Quo fit, ut putem de periurio ejus qui in litem juravit, criminaliter et extra ordinem quæri nec posse, nec solere. Confirmaturque id generali illa sententia *L. 2. C. de reb. cred.* jurisjurandi contemptam religionem satis Deum ultorem habere; de qua satis diximus titulo
4 superiore. ✝ At caussa esse potest, si reus de damno privato laboret, vel repetens, quod amplius justa æstimatione solvit, vel solvere recusans, quod amplius exigitur. Proinde hoc casu potest jusjurandum retractari, nempe civiliter agendo de re privata et familiari. Nec dubium est, quin possit, si potest id quod in dubiis caussis a judice delatum est, ut posse retractari constat. *L. admonendi, supr. de jur.* Nam utrumque pariter a judice defertur, et utrumque judex sententia sua confirmat, dum secundum eum judicat, qui juravit. Nondum tamen satis caussæ ad querendum de periurio, quod de privato damno sarciendo aut vitando agatur, nisi et probatio periurii idonea accesserit, de qua in *d. L. admonendi.* Cum enim et illud necessarium jusjurandum, de quo illic agitur, et jusjurandum in litem, de quo hic, pariter, ut dixi, a judice proficiscantur, atque hoc in litem non minore æquitate nitatur; nihil dici potest, cur hoc facilius rescindatur, quam illud. Jam vero post rem illo priore jurejurando decisam ita permittitur de eadem re ex integro agere, si quis ad periurium convincendum nova se instrumenta invenisse dicat, quibus solis utatur: ut sciamus non audiri eum, qui paratus sit perjurium probare testibus: quia hi subornari possint, instrumenta non æque; de quo diximus plura *ad d. L. admonendi*. Quare et in jurejurando in litem retractando eadem illa probatio sola admittenda est. Cæterum hac allata, retractio concedetur. Sic autem evenire potest, ut res explicetur, repertis postea probationibus seu instrumentis. Finge cum deberetur equus, aut unio pretiosus, eaque post moram debitoris periissent, debitorem deferente judice jurasse duplo pluris res esse, quam valebant, et reum tanti condemnatum esse. Comperto postea periurio non prohibetur reus id quod amplius est vera æstimatione, si solvit repetere, aut nondum solutum recusare ut proposui; sed ita, inquimus, si doceat de perjurio, instrumentis postea repertis. Hujus rei usum præbere possunt, aut prolatum inventarium bonorum defuncti creditoris in quo et equus et unio a peritis æstimata erant; quæ tamen heres de his agens multo pluris fuisse juravit; aut prolata sententia, qua cum de iisdem rebus ageretur, res justo pretio non repugnante reo æstimatæ sunt: qui de his ipsis postea cum alio agens, multo pluris eas esse affirmavit. Tantum in istituenda hac retractatione laborabitur in eo, qua actione reos repetat, quod amplius vera æstimatione ex periurio adversari condemnatus dederit. Nam cum ex caussa judicati solverit, condicere ut indebitum non potest. *L. 1. C. de cond. ind.* Et cessantibus aliis actionibus, erit actio de dolo adversus eum, qui falsum jurando obtinuit, ut secundum se judicaretur. *L. servus, §. ult. arg. in L. quod si deferente. supr. de dol.* Quod si reus condemnatus nondum solvit id in quo pejeratum est; certi juris est; cui re jam soluta damus actionem ad solutum repetendum, ei pecunia nondum soluta multo magis adversus petentem competere exceptionem. *L. invitus. §. 1. infr. de reg. jur.* Quæ si ita sunt hucusque hæc erit summa retractationis ejus, quæ hoc loco attingitur: ut de periurio ejus, qui in litem juravit, ad criminis vindictam agi non possit. At si de æstimatione in qua pejeratum est, agatur, possit jusjurandum et caussa eo jurejurando decisa retractari ad eam æstimationem aut repetendam, si soluta est, aut non solutam defugiendam: Sic tamen, si reus de periurio paratum se dicat docere instrumentis, quæ nunc primum invenerit, non testibus. Alias de periurio ejus qui in litem juravit, non quæritur.

Quam retractationem Paulus, et quando admittat, tenemus. Cui rei hanc attribuat, expendendum est. Attribuit enim non jurijurando, sed periurio: nec periurio cujusvis, sed ejus qui in litem juravit: nec omnis qui in litem juravit, sed ejus qui juravit ex necessitate juris. Quæ non dubium est singula addita esse consulto discretionis caussa, quo intelligeremus in rebus contrariis jus diversum observari. Hoc cognoscendum est, qua in re jus diversum, et quamobrem servetur. ✝ Dicit ergo de periurio, non de jurejurando; quia ut definit, *de periurio non facile quæri*

solere : ita hoc ipso quæri aliquando signifi-
cat, ut ostendi. Hoc autem de periurio solo
recte dici potest ; de jurejurando non potest.
Jusjurandum in litem, quodcunque sit, si
periurium non habet, retractari non potest.
Nam cum et jusjurandum id quo res, æsti-
matur arbitrio domini ob dolum non resti-
tuentis, et illud quo res ob id quod non ex-
stat, æstimatur quanti est, utrumque justa de
caussa interponatur; *L. tutor. L. 5. in fi. su-
pr. eod.* perspicuum est non modo nullam
esse caussam, cur ista retractentur, sed etiam
justas esse cur non retractentur: cum quæ
caussæ ab initio fuerant ad jusjurandum
statuendum eædem et nunc justæ sint ad re-
6 tinendum. † Dicit, *non facile quæri solere de
periurio*, non quovis, sed *ejus qui in litem
juravit:* quia his verbis, ut dixi, de hoc ex
caussa quæri posse significat. Quod eo fit,
quia invito adversario jusjurandum hic de-
fertur, ut nulla hic sit conventio, quæ ad-
versario retractanti obstet. Diversum est,
si inter litigatores jurejurando transactum
sit negotium. Et diversum in eo, non quod
caussam eandem facile retractare liceat, sed
quod omnino non liceat, nec periurii præ-
textu. *L. admonendi, supr. de jur. L. 1. C. de
reb. cred.* idque propter conventionem. *L. sed
etsi servus, L. qui jurasse, seq. §. ult. supr.*
7 *de jur.* † Addit de periurio ejus, qui in litem
juravit ex necessitate juris. Hoc quidem ob-
scurius, dum dubitatur, quæ hic necessitas
juris intelligatur, et utrum pro ratione, an
distinctionis caussa hæc verba addita sint.
Ego autem non dubito, quin et hæc ipsa ad-
jecta sint distinctionis caussa, ut superiora,
ut intelligeretur duplex esse jusjurandum in
litem: unum ejus, qui nulla necessitate juris
jurat; alterum ejus, qui jurat ex juris neces-
sitate. Ad hunc definitionem hanc pertinere;
ad alterum non pertinere. Et ita res habet.
Meminisse enim debemus ejus, quod dixi-
mus ad *L. 5. vers. plane, supr. eod.* esse quod-
dam jusjurandum in litem, quo res ob do-
lum non restituentis aut non exhibentis ar-
bitrio domini æstimatur, et ex affectu : esse
et alterum, quo res æstimatur solum quanti
est. Quod fit, cum res debita post moram de-
bitoris periit : ut jam æstimatio ejus aliter
probari facile non possit, quam jurejuran-
do. Prius necessitatis non esse, sed arbitrii
et pœnæ, cum absque eo indemnitati acto-
ris consuli potuerit. Nisi tamen necessa-
rium quis esse dicat, quia delatum recusari
non possit; quod secus est, de quo paulo post.
Posterius id demum esse, quo necessitate
juris juratur ab actore ; juris non publici,
quasi jus publicum hanc jurandi necessita-
tem imponat : sed juris privati, quia ad jus
actoris tuendum, ad hoc jusjurandum de-
currendum fuerit. Hoc dico, ad posterius
huc retractationem, et quæstionem periurii,
de qua hic dicitur, pertinere; quia in eo pe-
riurium esse potest; ad prius non pertinere,
ac nec posse, quia in eo nullum esse potest
periurium. Qui enim de vera æstimatione et
quanti res sit, jurare debet, is potest peierare
affirmando rem pluris esse, quam est. Qui
autem jure concedente ex affectu rem æsti-
mat, et de eo jurat, nihil peierat, quantum-
vis verum pretium excedat, atque adeo juret
in immensum ; quia de arbitrio et affectu
suo jurat, non de vero rei pretio. Itaque
quamvis Paulus solum dixisset, de periurio
ejus, qui in litem juravit, quæri facile non
solere; tamen satis dixisset, ut intelligeremus
retractationem periurii, de quo definitio con-
cepta est, non pertinere ad prius illud jusju-
randum, in quo nullum periurium esset, ac
nec esse posset. Cur ergo addidit hæc verba,
qui ex necessitate juris juravit, sine quibus
non minus eadem sententia futura esset ?
Quia etsi in universum vere dicitur de pe-
riurio ejus, qui in litem juravit, quæri fa-
cile non solere, ut significetur is solum,
qui pejerat ; solus autem is pejerat, qui de
vera æstimatione juravit : tamen hoc ipsum
potuit dubitari, in quo jurante hoc periu-
rium inesset. Quod ille his verbis demon-
strare voluit ; atque hoc indicat, inesse so-
lum posse in eo, qui ex necessitate juris
sui delato de vera æstimatione jurejurando,
jurat ; non in eo, qui nulla necessitate ju-
ris sui tuendi rem æstimat arbitrio suo.
Unde quam sententiam hujus loci esse su-
pra dixi de retractatione periurii ejus, qui
in litem juravit, hæc non minuitur, aut
mutatur hac adjectione, sed maxime con-
firmatur, tantumque ea declaratur ubi id
perjurium, quod proponitur, quærendum
sit.

Ex quibus jam clarius quam ante per-
spicitur, † quæ sit vis jurisjurandi in li- 8
tem, de qua initio hujus tituli quæri dixi.
Apparet autem esse hujusmodi, ut pena
nunquam de eo jurejurando quæratur. Nam
neque in omne jusjurandum cadit, ut de
eo quæratur : et de quo quæri potest, id
tale est, ut tribus temporibus de eo agi non
possit : uno tantum ex quatuor possit. Idque
ita accidit. Nam primum caussa priore illo
jurejurando pro arbitrio domini decisa, ab-
solutum est, nunquam de jurejurando quæri
posse, neque ad vindictam perjurii, quod
nullum hic esse diximus, neque ad caussam
retractandam, quæ non potest retractari sine

perjurio. Quod si caussa ex posteriore jurejurando decisa sit: tolle perjurium: nulla ne hic quidem pœna aut retractatio est. Perjurium intervenerit: de eo criminaliter agi non potest. Sola in hoc perjurio relinquitur civilis retractatio ejus, in quo pejeratum est. Atqui ne hæc quidem statim admittitur: sed ita, dum sic agatur, ut perjurium probetur, instrumentis post repertis, non etiam testibus. Et breviter sine perjurio nunquam jusjurandum in litem refricatur. Et cum perjurium est, quod solum in posteriore specie jurisjurandi contigit, non agitur de eo criminaliter. Civiliter agi potest, sed et hoc solum repertis postea instrumentis

9 ad convincendum perjurium idoneis. † Sunt tamen, qui hæc verba, *ejus qui ex necessitate juris juravit*, non pro specie una eorum qui jurant in litem, sed pro ratione definitionis subjectæ accipienda putent: ut sit sensus, ideo non facile quæri de perjurio ejus, qui in litem juravit, quia ex necessitate juris juravit: sentientes necessitati, quam quis sibi non imposuerit, esse subveniendum, ut et subveniendum est: *L. si fidejussor, §. 1. sup. qui sat. cog. L. 2. §. si quis tamen, sup. si quis caut.* idque dictum esse volunt ad discrimen ejus, qui deferente adversario jurans pejeravit, cujus quia in potestate fuit jusjurandum non suscipere referendo, ideo de ejus perjurio sentiunt facilius quæri posse: non quidem civiliter; nam hoc modo retractari non potest: *L. admonendi, supr. de jur.* sed criminaliter et extra ordinem, ut puniatur. Hanc enim coercitionem in eo admittunt, eamque perjurii pœnam esse interpretantur, cujus fit mentio in *L. nam sufficit, supr. de dol.* Quæ interpretatio hoc convenit cum superiore, quod admittit retractationem solum perjurii, idque solum in jurejurando ejus, qui de vera æstimatione jurare debuit; nunquam autem in eo, qui arbitrio suo rem æstimavit: quia in illo tantum priore perjurium est. Hoc discrepat: quod in eo qui delato de vera æstimatione jurejurando pejeravit, retractationem civilem nullam agnoscit: extraordinariam admittit, et si non facile: aut etiam utramque tollit, contra quam supra jus esse diximus. Sed procul amolienda hæc interpretatio est. Nam primum nulla ejusmodi necessitas est suscipiendi in litem jurisjurandi, qualem isti intelligi volunt: de quo separatim ad extremum dicetur. Deinde si qua esset: nunquam tamen eam necessitatem pro ratione propositæ definitionis admittere deberemus. Paulus ait, *non facile quæri solere de perjurio ejus, qui in litem juravit.* Inepta plane ratio est, si dicat eo fieri, quia ex necessitate juris juravit. Dici enim potest, excusandum esse actorem, quod juravit in litem: quia ex necessitate juravit. At profecto eadem necessitatis ratione dici non potest excusandum esse ejus perjurium: quoniam nulla necessitate juris pejeravit. Jusjurandum enim ab eo exigebatur, non perjurium. Quinimo in jurejurando exigendo hoc ipsum exactum est, ne pejeraret: religio enim et fides ab eo exigebatur. Quamobrem si pejeravit, fecit volens, non coactus: nec tantum volens, sed etiam improbe. Ut proinde non magis excusatione dignus sit in perjurio, qui in litem juravit, quam alius quivis, qui deferente adversario pejeravit. Manebit igitur sententia hujus loci, et vis jurisjurandi, quam ante ostendimus; si tamen prius recte constituerimus, necessitatem juris, quæ hic appellatur, significare eam necessitatem juris privati, quam dixi, non autem necessitatem jurisjurandi suscipiendi, quam in jurejurando in litem nullam esse volumus. De quo, quia dubitari potest, et cognosci ad universam quæstionem de jurejurando in litem pertinet, superest jam, ut de eo separatim non nihil dicamus.

† EX NECESSITATE JURIS JURAVIT.). 10
Hæc necessitas duplex intelligi potest. Aut enim necesse habet actor in litem jurare, quia jus cogit eum suscipere jusjurandum, ut quamvis alioqui æstimatione vera contentus sit et de ea probare malit testibus, aut instrumentis, quam jurare: tamen non audiatur, sed omnino jurare debeat, vel caussam amittere. Aut dicitur necesse habere habita ratione juris sui privati: quia scilicet liceat quidem ei non jurare, et nihilominus vincere, si modo probet de æstimatione; sed quoniam facile probare non potest æstimationem rei non exstantis, et tamen ad vincendum aut probare aut jurare debet, ideo privata utilitate eo adducatur, ut cogatur jurare: alioqui res ei perierit. Utraque necessitas recte juris necessitas dicitur, sed non una significatione. Nam prior necessitas est necessitas juris publici, quia jus publicum hanc imponit: si quis enim suscipere delatum jusjurandum cogitur, is jure cogitur, sive ei utile sit, sive non sit. Altera, est et ipsa necessitas juris, sed privati juris: idest, ea quam non jus civile, sed ratio privati juris nostri tuendi nobis adfert, quia aliter jus salvum habere non possumus. Prior omni ei, cui jusjurandum in litem defertur, imponi potest: nihil enim vetat jurisjurandi conditio, quominus jubeatur suscipere jusjurandum is, cui defertur. Posterior in eum tan-

tum cadit, qui de æstimatione rei non exstantis laborat: quia hæc sola æstimatio, quæ facile probari non possit, et quam nisi actor consecutus sit, rem salvam non habeat, ut docui ad *L. 5. vers. plane, supr. eod.*

11 † Hoc intellecto, nego ullam esse necessitatem juris publici in jurando in litem: nego eum cui jusjurandum in litem a judice defertur, cogi jure id suscipere: sed huic liberum esse ita id recusare, ut si de æstimatione probare velit, nihilominus audiri, et re probata vincere debeat, quodcunque tandem id erit jusjurandum in litem: quod et Bartolus recte sensit, et scripsit in hunc locum. Omne enim jusjurandum in litem, tam quod est de affectione jurantis, quam quod est de vera æstimatione, comparatum est actoris caussa: posterius quidem ad eum probatione sublevandum; prius autem etiam ad eum augendum, ut pro suo arbitratu pretium rei suæ dicat, quod velit. Utrumque ita adversus reum, ut sit etiam adversus invitum, cui post jusjurandum nihil reliquitur, nisi ut condemnetur. Delatum igitur actor impune recusabit: cum liceat unicuique juri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pact. L. si judex, supr. de min.* Non idem servatur in jurejurando quod non est in litem, sed ab adversario defertur: quod nisi refertur, sine justa caussa recusare non licet. *L. jusjurandum et ad, §. ait, et §. datur, L. manifestæ, supr. de jur.* Sed hoc contraria de caussa, quia et deferentis caussa defertur, ejusque interest id suscipi, ut citius et sine molestia atque omni sumptu a lite discedatur. At etiam jusjurandum illud necessarium jurijurando in litem non dissimile, quod pariter defertur a judice, et invito adversario; illud inquam, quod a judice defertur in dubiis caussis, recusari non posse superiore titulo diximus, idque expressum est in *Cap. ult. extr. de jur.* Sed et hoc a jurejurando in litem in eo, de quo nunc agitur, diversum est: defertur enim maxime judicis et adversarii alterius caussa. In dubiis enim caussis, idest, ancipitibus, et in quibus pares sunt utrinque probationes, interest judicis habere, quid sequatur, quod nisi jurejurando alterutri parti delato facile explicare non potest. Interest igitur ejus, jusjurandum ab ipso delatum non recusari; aut certe ex recusatione confessionis conjecturam capi oportet. Interest et adversarii, ne quid videlicet temere in caussa dubia adversus eum a judice sine jurejurando statuatur. In jurejurando in litem contra nihil interest judicis ab actore jurari: quia sive actor aliter probat, semper judici certum est ex jure, quid hic sequi debeat: nam illo probante secundum eum judicat. *L. negantes, C. de ob. et act.* non probante, reum absolvit. *L. qui accusare, C. de eden.* Adversarii interest multo minus, eum potius interest ejus non jurari, si actor nihil probet: quia tum reus absolvatur. Actore autem probante, reus metuere non possit, ne quid temere judex hic statuat: eum tum maxime æquum sit reum condemnari, cum non jurejurando, sed justis probationibus convictus est. *d. L. negantes, C. de obl. et act.* Et ideo quod in *L. 4. §. 1. supr. eod.* scriptum est, *adolescentem, si velit, jurare in litem posse,* sic accipiendum est: ut ad omnes actores, quibus idem delatum est, pertineat, intelligaturque illam conditionem. *si velit,* esse conditionem propriam jurisjurandi, non adolescentis. Jurare potest adolescens in litem, si velit, quia hoc habet jusjurandum in litem, ut suscipiatur, si quis velit. Cæterum etsi alii actores erant, quibus id deferatur, idem jus futurum est: ut nihilominus et ipsi jurare possint hac conditione, *si velint,* nec ad vincendum denegetur his facultas rem aliter probandi. Restat, ergo ut eum hic dicitur ex necessitate juris jurare, necessitatem alteram interpretemur, nempe privati juris necessitatem: ut nisi actor juret, æstimationem una cum re amittat: non quia de æstimatione probare volens jure non audiatur, sed quia natura hic sit rei status, ut æstimationem facile probare non possit. Hæc necessitas cum ad posterius jusjurandum, quod de vera æstimatione est, pertineat: apparet quod dixi, hac adjectione prius jusjurandum, quod *affectionis* vulgo vocant, removeri, et perjurium ac definitionem ad posterius jusjurandum solum referri.

IN CONDICTIONES SEQUENTES

IN UNIVERSUM

PRÆCIPUE AUTEM IN TRES POSTERIORES, QUARUM TITULI DEINCEPS EXPLICANTUR.

PRÆFATIO.

Post titulum, de in litem jurando, propositæ sunt in hac parte tertia condictiones speciales. Eas intelligo, quæ proprio et speciali hoc nomine utuntur; cum alioqui actiones omnes in personam generali vocabulo condictiones nominentur. Hæ, inquam, variæ licet, et maxime diversis ex caussis jure proditæ; omnes tamen a compositoribus Pandectarum in hanc partem conductæ, atque hoc loco propositæ sunt; magis id quidem, ut apparet, per occasionem, quam quod aut ad hunc tractatum, aut ad hunc locum pertinerent. Tractactio namque hujus partis est de contractibus. At hic nonnullæ condictiones sunt, quæ nascuntur ex maleficio, ut condictio furtiva, et condictio triticiaria ex quibusdam caussis. *L.* 2. *infr. de cond. trit.* Sed et hoc loco ex contractibus sermo institutus est de iis, quorum obligatio re contrahitur; pleræque autem hic condictiones nascuntur aliunde, ut condictio ex lege, triticiaria, de eo quod certo loco promissum est. Sed occasio, ut dixi, huic rei caussam attulit. Principio enim hic proponuntur ex hoc genere, condictio caussa data caussa non secuta, condictio indebiti. Hoc initium rectum est, et ad institutum accommodatum. Hæ enim, ut ego quidem existimo, nascuntur ex contractu et negotio gesto, et eo in quo non minus re contrahitur obligatio, quam ex mutuo, ut alias suis locis docebimus. Inde occasione nata progressus factus est etiam ad condictiones alias, quæ nominis tantum communionem, rerum et caussarum nullam haberent. Etsi autem ordo titulorum postulare videbatur, ut si quid inde adjicere vellem prioribus, hic ego aut priores tractarem solas, aut si vellem etiam posteriores, saltem a prioribus ad has perveniretur: tamen consulto priorum explicationem hoc tempore prætermissi: tres priores tantum attingere volui: condictionem ex lege, condictionem triticiariam, condictionem de eo quod certo loco. Idque his maxime de caussis. Nam priores latius patent, quam ut earum diligens explicatio magnitudini instituti commentarii conveniat: et omnes usque ad condictionem furtivam ita caussis connexæ sunt, ut facile separari non possint. Tum autem sunt ejusmodi, quæ si cum po-

sterioribus istis tribus conferantur, magis nescio quomodo pateant, faciliusque in his quis diligenter quærendo naturam earum possit explicare. Sunt certe vulgares, atque usitatæ, et præterea verbis ita conceptæ, ut quæ sint, quasque caussas atque usum habeant, ex ipso etiam nomine statim intelligatur. Sic enim dicitur condictio ob caussam caussa non secuta, ut hinc intelligatur, quid, quando, et quamobrem repetat. Sic condictio indebiti, ut declaretur esse de indebito soluto; eademque condictionis furtivæ et cæterarum ratio est. Posteriores autem tres quas dixi, neque ita prolixis tractatibus continentur, et re disjunctæ, separatam ab aliis tractationem admittunt: et, quod in hac re præcipuum fuit, singularis cujusdam difficultatis et obscuritatis vulgo habentur. Nec temere: ut si eas explicare conaremur, dum reliqui tituli forte per otium aut hic aut in Codice accedunt, operæ pretium interim facturi videremur. Certe omnes et nominibus, et re, ac titulis multum distant a prioribus. Condictio enim ex lege cum dicitur, non ideo quisquam intelligit, quæ sit, aut qua ex lege sit condictio: multoque minus qua de re, cui, aut adversus quem competat: neque id etiam titulus subjectus satis docet. De condictione triticiaria licet idem multo magis dicere; cujus est ea appellatio, ut ne de ipso quidem verbo adhuc satis conveniat, unde ductum sit, aut quid eo significetur, resne de qua condictio est, idest, triticum, an auctor condictionis: multaque sunt in titulo ipso de natura hujus condictionis parum exposita. Titulus autem *de eo quod certo loco*, omnium prædicatione obscurus est, et inter cæteros maxime interprete indiget. Quare cum statuissem prioribus tituli vicinos nonnullos adjicere, neque omnes ejusdem argumenti qui erant, persequi commodum esset, non immerito hos tres potissimum attingere visum est.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM DIG. DE CONDICT. EX LEGE.

Ad L. *Si obligatio* 1.

Paulus *lib.* 2. *ad Plautium.*

Si obligatio nova lege introducta sit, nec cautum (sit) eadem lege, quo genere actionis experiamur: ex lege agendum est.

SUMMARIA.

1. *Ex lege agere proprie quid.*
2. *Ex lege agere, quid hoc loco.*
3. *Pro socio, ex stipulatu, vi bonorum raptorum agere, quid.*
4. *Condictio ex lege, specialis actio in personam, quæ ita vocetur.*
5. *Nominibus suis notatæ actiones a Romanis, quoad ejus licuit; sine nomine suo inutilem fuisse intentionem.*
6. *Conditio ex lege, ex obligatione.*
7. *Ex obligatione nunc primum introducta.*
8. *Constitui lege obligatio quando intelligatur.*
9. *Ex obligatione, quæ introducta sit lege, et quid lex hic significet.*
10. *Conditio ex lege non est ex jure gentium, nec ex jure prætorio, et cur hæc legis verbo non contineantur.*
11. *Conditio ex jure nulla prodita ex obligatione juris gentium, et prætorii; et cur.*
12. *Ex lege nova, non vetere conditio ex lege.*
13. *Lex xii. Tabularum dicta lex vetus: cæteræ novæ, et cur:*
14. *Præscriptis verbis actio cur non sit condictio ex lege.*
15. *Legis Aquiliæ actio cur non condictio ex lege.*
16. *Certo genere actionis prodito cessat conditio ex lege, certum genus actionis quid et quomodo efficiatur.*
17. *Actiones notatæ suis nominibus.*
18. *Condictio ex lege quibus ex caussis, cui, adversus quem, et qua de re competat.*
19. *Condictionis ex lege usus, et quid prosit nomen actionis in cæteris caussis.*

SIC Paulus definit: SI OBLIGATIO LEGE NOVA INTRODUCTA SIT, NEC CAUTUM EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR, EX LEGE AGENDUM EST. Definitio tria continet. Nam et statuit quandoque ex lege agendum esse: et præcipue quando, quave conditione id faciendum sit, docet; simul in eo quod agendum esse dicit, usum actionis ostendit. In quibus explicandis naturæ ordo hic est, ut quid sit ex lege agere, prius videamus, ne ante actionis caussa, quam actio ipsa constituatur: cum prius sit, ut sit aliqua actio, quam ut qualis sit, et quando competat, quæretur. Ex lege

agere, si statim hic interpretemur, agere condictione ex lege, idest, condictione, quæ ita appelletur: recte quidem interpretemur, et id definitio flagitat, ac significatio sola titulo convenit. Sed tamen cur ita interpretemur, ratio reddenda est. Nam verba prima fronte id non significant, ac potius si proprietatem sequimur, refragantur. Nec tollitur quæstio, quod inscriptio est, De condictione ex lege: quasi definitio si titulo respondet (ut fit, cum titulus verus est, non fallax) etiam de hac condictione accipi debeat. Dici enim potest titulum non esse Pauli, ut qui hæc scripserit ad Plautium, fortasse per aliam occasionem, et sub alio titulo; sed esse compositorum juris: hos autem sententiam Pauli non recte esse interpretatos. Sed etsi sit Pauli: tamen hoc saltem quærendum est, quam recte hæc verba, quæ videntur repugnare, ad condictionem ex lege referantur. Melius est igitur, et ad explicationem definitionis omnino faciendum, ut ex horum verborum significatione de sententia
1 hujus loci statuatur. † Et proprietas ac naturalis usus horum verborum hoc loco difficultatem parit. Nam ex lege agere, si naturaliter et ex significatione singulorum verborum loqui volumus, nihil aliud est, quam agere actione ex lege descendente, actione quæ ex illa aut illa lege competat: agere beneficio et potestate accepta ex illa aut illa lege, quæ agendi potestatem fecit. Particula enim *ex*, caussam et originem significat. Lex autem est ea, quæ actionem constituit, et a qua actio oritur. Sic usus est horum verborum, cum dicimus, de pauperie, deque pastu pecoris agi ex lege duodecim tabularum. *L. 3. supr. si quadrup. paup. fec. dic. L. qui servandarum. §. ult. infr. de præs. ver.* damni injuria ex lege Aquilia. *§. omnes. Inst. de act.* de arboribus cæsis agi posse et ex lege duodecim tabularum, et ex lege Aquilia. *L. penult.* juncta. *L. 1. infr. arb. fur. cæs.* In his enim omnibus judicatur habere nos actiones istas ex suprascriptis legibus, quia his legibus constituuntur. Eademque significatione dictum est, agendum esse ex edicto Ædilium in *L. si servus, §. etsi puerum, supr. ad leg. Aqui.* Hoc modo si hic accipimus ex lege agendum esse, non significatur agendum esse condictione ex lege, seu condictione quæ vocatur ex lege: quoniam potest alia qualibet actione agi, quam condictione ex lege: ut nihilominus verum sit ex lege agi, idest, ea lege, quæ actionem constituit. Num ergo isto sensu accipere debemus: præsertim cum præcipiatur a pro-
2 prietate verborum recedi non oportere? † Imo potius vel hoc nomine maxime de his verbis dicendum fuit, ut moneremus cavendum esse, ne significatione nativa decepti id ita acciperemus, si modo esset alia non inepta significatio, quæ his verbis admitteretur; non quia interpretatio titulo non conveniat, cum potuerit titulus ab aliis quam ab auctore inditus non satis fideliter exprimere sententiam definitionis; sed quia non conveniat isti definitioni, etiamsi maxime alibi, aut sub alio titulo definitio legatur. Primum, ex hac interpretatione aperte definitio inepta est. In obligatione enim quam dixeris lege introductam esse, plusquam ineptum est monere, ibi ex ea lege esse agendum: nam quomodo aliunde agatur, cum aliunde obligatio non sit constituta? Sed nec minus ex eadem interpretatione definitio falsa est. Cum enim dicitur ex lege agendum sub conditione: quæ multa continet, ut fit hoc loco: hoc ipso dicitur, si quid eorum desit, quæ conditione continentur, ibi ex lege, seu actione ea lege proposita agi non posse. Hoc vero posterius multis modis falsum est. Quæcunque enim actio lege introducta sit, tametsi in rem, utique ex lege competit, et ibi ex lege agitur. Agetur etiam ex lege, etsi obligatio introducta sit lege vetere, non nova. Sed etsi qua obligatio ita introducta sit lege, ut simul cautum sit, qua actione experiamur, nihilominus et hic ex lege agetur. Denique semper actio ex lege proficiscitur, quæcunque obligatio, actiove ex lege sit, et quacunque lege, et quacunque demonstratione ac titulo introducatur. *§ sed istæ, Inst. de act.* quæ tamen omnia sub contraria conditione negat hæc definitio. Arg. in *L. 1. vers. hujus, supr. de off. ejus cui man. est juris. L. quibus. §. 2. infr. de cond. et dem.* Quare sine manifestis vitiis ex lege agendum hic interpretari non possumus, agendum actione ex lege descendente: ac proinde nec sic interpretari debemus; dum tamen alia sit significatio horum verborum, quæ sine vitio accipi possit. *L. in ambigua, supr. de legib.* Nam si alia significatio non est, aliud accipere non licet, tantumque hoc superest, ut definitio vitiose concepta intelligatur. Ideo ne vitia ista admittere cogamur, necesse est quærere, num his verbis aliud significari possit, quod huic loco congruat. Est vero aliud, et id quod exprimat eam ipsam condictionem, quam hic quærimus. Naturalis illa significatio est, quam supra diximus: cum scilicet verba per se singula in oratione vim suam tenent, quam illis usu loquentium primum tributa est. Sed est et alia non minus usitata in similibus orationibus: non naturalis illa quidem, sed

tamen ex instituto juris auctorum, brevitatis et docendi caussa recepta, ut totum hoc, *ex lege*, ponatur ut grammatici loquuntur, τεχνικῶς, seu materialiter, idest, ita, non ut singula verba quid significent eorum, ad quæ exprimenda primum inventa sunt: sed ut conjuncta, quasi unum nomen esset indeclinabile. Ita unius vocis et nominis vice funguntur, intelligaturque ea conjunctione nomen et titulus actionis: proinde ea actio, quæ appelatur ex lege. Ea autem est *condictio ex lege*, quam intelligi volumus. Forma est loquendi juris auctoribus usitatissima, quam cum in aliis innumeris, tum maxime in interdictis pene omnibus liceat observare: ut cum dicitur interdictum seu interdici, quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, unde vi, quod vi aut clam. In quibus omnibus nihil aliud intelligitur, quam interdictum, quod istis nominibus appelletur: nam alioqui adjectio hæc, quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, et cæteræ per se nihil significant, tantumque initium sunt alicujus sententiæ, et subjunctivam aliquam orationem desiderant. Sed, ut dixi, nomina hæc sunt, quibus superiora interdicta ita appellantur: quod de interdicto quorum bonorum diserte scriptum est in *L.* 1. *infr. quor. bonor.* de interdicto quod legatorum in *L.* 1. *in pr. infr. quod leg.* de interdicto uti possidetis in *L.* 1. §. *est igitur, infr. uti poss.* Nec dubium est, quin eadem sit actionum significatio, cum dicitur actio, seu agi ex empto, vendito, locato, pro socio, ex stipulatu, et similibus. Quod ex duobus posterioribus facilius intelligi potest. † Nam cum dicimus agere aliquem pro socio, non intelligimus agere eum pro eo seu nomine ejus, qui socius ejus est, quod tamen verba naturaliter significant; sed agere ipsum pro se et suo nomine, verum pro socio, idest, ea actione, quæ appellatur pro socio. Sic agere ex stipulatu est, agere non ex stipulatione, quod nativa significatio verborum exprimit: valet enim stipulatus idem, quod stipulatio; *L. pecuniæ, in pr. infr. de usur.* Sed agere ex incerta stipulatione ea actione quæ appellatur ex stipulatu, eaque ratione distat actio a condictione certi, quæ nihilominus et ipsa ex stipulatione competit. *L. si quis certum, supr. si cert. pet.* Hac, inquam, forma recte et ex usu juris dicatur hoc loco agere *ex lege:* pro eo quod est, agere actione quæ ita appelletur, quæ actio condictio est. Nec quem moveat, quod simpliciter dicitur ex lege agendum esse, non autem agendum actione ex lege: nam et usitate dicimus agere pro socio, non actione pro socio; ubi tamen constat intelligi actionem, quæ pro socio appelletur. *L. si fundus*, 39. *L. si quis a socio* 41. et passim; *infr. pro soc.* Idemque in cæteris fere omnibus actionibus et interdictis usus est. ut cum dicimus agere ex empto, vendito, agere ex stipulatu, agere unde vi, et similia. Quod præcipue animadvertere possumus, in actione quæ dicitur vi bonorum raptorum: nam et illic agentes dicimur agere vi bonorum raptorum. *L.* 1. *infr. vi bonor. rapt.* Ubi nemo non videt non esse hic orationem, quæ secundum naturalem significationem sermonis accipi debeat: alioqui esset hic sensus, agi per vim bonorum raptorum, quæ nequaquam loquentium mens est; sed aperte significatur hoc agere nos actione, quæ vi bonorum raptorum nominatur. Admittunt igitur verba hujus definitionis etiam hanc significationem, ut ex lege agendum esse interpretemur, non agendum actione ex lege proficiscente, sed actione quæ appelletur ex lege. ea autem est condictio ex lege. Quo efficitur in his verbis, *ex lege*, ambiguam esse orationem, cujus non ea vis est, ut utrumque sumatur quod verbis continetur, sed id dumtaxat quod voluit, qui loquitur. *L.* 3. *infr. de reb. dub.* Utrum ergo hic sumendum est? Etiamsi titulus deesset, De condictione ex lege, tamen res ipsa nos admonet hanc ipsam hic accipi debere. Certa enim lege interpretationis utimur, in ambigua voce legis eam potius accipiendam esse significationem, quæ vitio caret, tanquam voluntati legis convenientem. *L. in ambigua, supr. de legib.* Jam autem docuimus priorem interpretationem aperte vitiosam esse. Ita plane relinquitur altera, quam sequamur, quæ et vitio caret: ut intelligatur hic condictione ex lege agendum esse iis conditionibus, quæ hic proponuntur. Hinc de inscriptione ipsa jam recte colligimus. Sive Paulus hæc scripsit, ubi inscriptio fuit, *De condictione ex lege:* recte eadem inscriptio hic retenta est, de qua et definitio subjecta loquitur: sive ipsi compositores definitioni Pauli aliunde sumptæ hanc inscriptionem indiderunt, recte sententiam Pauli sunt interpretati, quæ ex verbis intelligi debuit priore significatione repudiata. † Ex his apparet condictionem ex lege, 4
non esse quamvis actionem in personam, quæ ex lege competat, quamvis actiones in personam generaliter dicantur condictiones: §. *sic itaque, Inst. de act. L. actionum, infr. de ob. et act.* sed ex actionibus in personam esse hanc certam, quæ *condictio ex lege* appelletur, ut certi condictio ob caussam, sine caussa, et superiores speciales. † Nomen 5
actionis propositum ex instituto et usu juris

Romani, quo placuit de singulis rebus ita actiones constitui, ut quoad ejus fieri posset, certæ solemnesque essent, ne populus prout vellet, eas institueret. *L. 2. §. his legibus. supr. de orig. jur.* Et in eo hoc præcipue observatum, ut ubi liceret, certa quoque nomina actionum essent: tanta religione, ut si quis ubi nomen certum proditum esset, eo in instituenda actione non uteretur, aut cum nullum nomen esset, certum nomen diceret, non recte ageretur, nec teneret intentio. *L. 1. vers. ideo autem infr. si men. fal. mo. dix. L. 1. infr. de æstimator. L. 1. 2. infr. de præs. ver.*

Genere actionis cognito, deinceps illud alterum, quando quibusve conditionibus competat, expendamus. Id enim definitio exprimit. Tria hic in summa Paulus exigit: primum obligationem; tum hanc ipsam non quamlibet, sed certam, nempe quæ nunc primum introducta sit, non confirmata: introducta lege, non alio jure: introducta lege nova, non vetere; tertium hoc, ne ea lege cautum sit, quo genere actionis experiamur: omnia posita hoc loco sub conditione. Unde intelligimus omnia esse ejusmodi, ut quidquid horum deerit, sub contraria conditione actio denegetur. *L. 1. vers. hujus, supr. de off. ejus. L. quibus diebus, §. 2. infr. de cond. et dem.* Jam singula quam vim et sententiam habeant, videamus. Ait ergo, SI
6 OBLIGATIO. † Exigit, ut dixi, in primis obligationem, ex qua actio hæc introducatur. Proinde si dominium lege aliqua nova alicui constitutum sit, ut constitutionibus dimidium thesauri concessum est domino soli, dimidium inventori, atque inde in rem actio: *§. thesauros, Inst. de rer. divis.* ex lege non agetur. Falsum, si quidem *ex lege* intelligeremus, actione quæ ex ea lege descenderet: nam et in rem actio ex lege est. Sed jam effectum est hoc verbo notari nomen et titulum actionis, idest, condictionem quæ appellatur ex lege. Hæc vero obligationem præcedentem desiderat. Est enim omnis condictio actio in personam. *§. sic itaque. Inst. de act. L. actionum infr. de obl. et act.* Nec ulla actio in personam, nisi ex obligatione, seu adversus eum qui obligatus est. *§. 1. Inst. de*
7 *act. d. L. actionum, de obl. et act.* † Ait, SI INTRODUCTA SIT. quod valet, si nunc primum introducta sit, non ea quæ cum prius inducta esset, nunc lege nova sit confirmata: ut sciamus, si qua vetus obligatio sit, quæ iterum confirmetur, non esse huic conditioni locum ex confirmatione. Hoc ideo quod si vetus lex actionem certam dedit, eadem nunc etiam post confirmationem utemur, ut non sit nova opus. Quod si nullam dedit, erit quidem condictio ex lege, sed ex lege priore quæ actionem induxit: non ex posteriore, quæ hanc confirmavit. Ita semper *condictio ex lege*, erit ex lege obligationem introducente, non autem confirmante. † Quidam hoc loco tractant, quando videatur obligatio seu actio lege constitui. 8
Et magna subtilitate scilicet, ac longis distinctionibus id explicare conatur Bartolus, ut in re admodum perplexa: qua nescio, an quidquam sit expeditius. Sive lex de re aliqua actionem in aliquem esse vult, sive quid alicui præstari jubet, obligationem aperte constituit. Est enim obligatio vinculum juris, quo necessitate adstringimur alicujus rei præstandæ. Proinde quæ lex hoc vinculum atque hanc necessitatem inducit, ea obligationem inducit. Exemplo est lex Aquilia, qua obligationem et actionem de damno injuria dato inductam esse constat. Ea tamen nihil amplius, quam ob damnum datum pecuniam domino dari jubet. *L. 2. infr. ad leg. Aq.* Ubi autem dandi præstandive nulla necessitas est, sed tantum lex dare aut accipere permittit, ibi perspicuum est nullam obligationem nullam actionem intelligi posse.

† Ait, SI OBLIGATIO INTRODUCTA SIT LEGE. 9
Dixit *lege*, non jure, ut non quocunque jure introducta sit obligatio, nec ubi cautum non sit, qua actione experiamur, ibi hac actione agendum sit; sed ita demum, *si obligatio introducta sit lege.* Idque postulat nomen actionis: non enim potest recte dici condictio ex lege, ubi actio ex lege non proficiscatur. Legem hic accipere debemus, non generaliter omne jus, neque rursum angustius eam tantum, quæ proprie ita appellatur in divisione juris, idest, populi ipsius Romani legem: *§. constat, Inst. de jur. nat. gent. et civil.* sed et hanc, et omnem aliam constitutionem similem, idest, civilem, et quæ ipsa constitutione vim legis habeat; constitutionem civilem tamen, eamque vi et auctoritate similem: ut neque gentium jus, neque prætorium hoc verbo contineatur. Principio si qua lex Pop. Romani, qua introducta sit, obligatio, nec cautum de genere actionis, hinc maxime hanc condictionem esse dubitari non oportet: cum hæc sola specialiter, et per excellentiam lex dicatur. Exemplo est autem lex Julia de adulteriis, ex qua ejusmodi obligatione introducta, condictione ex lege agi traditum est in *L. si postulaverit, §. pen. et ult. et L. ult. infr. ad leg. Jul. de adul-*

ter. Sed non minus et ex aliis constitutionibus similibus hæc conditio datur, ut plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum. Exempla suppeditant constitutiones aliquot Justiniani, quibus cum introductæ essent obligationes quibusdam in caussis, alia actione deficiente, condictio ex lege esse dicitur his ipsis legibus. *L. ult. §. sin autem ex contractibus. C. de pet. her. L. generaliter. §. licentia credituribus. C. de jur. det.* Constitutiones quidem proprie leges non sunt, ut lex specialiter dicitur populi Romani jussus; sed sunt legi similes, eodemque jure habentur, ut est in §. *quos autem. Inst. de bonor. poss.* scilicet quia legis vim habent. *L. 1. supr. de const. prin. §. sed et quod. Inst. de jur. natur.* Qua ratione vi et potestate sunt leges, et ita absolute nominentur in *d. L. 1. de const. pr. et d. §. sed et quod.* Eo fit, ut quæ hinc condictio est recte dicatur ex lege, sitque id nomen et in hac specie juris rebus consequens: quod fieri debere recte monemur in §. *est et aliud, Inst. de don.* Eadem caussa est senatusconsultorum. *d. §. quos autem, Inst. de bon. poss.* Plebiscitorum multo magis quippe quæ plebis lex sunt, et dicuntur. Unde lex Aquilia dicta, quæ nihil nisi ple-
10 biscitum est. *L. 1. infr. ad leg. Aqui.* † At non est hæc condictio ex jure gentium, aut jure prætorio, quia neque hæc sunt leges, neque constitutiones legi similes; condictio autem est ex lege, et ita etiam nominatur. Et quidem ex his partibus juris condictionem ex lege non esse hinc constat: quæcunque enim inde obligationes introductæ sunt, si de his nullæ sint certæ proditæ actiones, tantum præscriptis verbis aut in factum agitur. Jurisgentium obligationes sunt ex illis conventionibus, cum do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. *L. jurisgentium, in pr. sup. de pact.* Si tamen conventio in aliud nomen contractus non transeat, eoque nec sit nomen certum actionis, est ex conventione actio præscriptis verbis in factum. *L. naturalis. 1. resp.* et deinceps tota. *L. solent, infr. de præs. ver.* Proinde non condictio ex lege: quia præscriptis verbis non agitur, nisi cum deficiunt vulgaria et usitata nomina actionum. *L. 2. L. 3. infr. de præs. ver.* Similiter et edictis prætorum si qua sit obligatio constituta nec ullum sit certum nomen maleficii, eoque nec actionis inde comparatæ; non tamen inde alia actio est, quam in factum; nusquam autem condictio ex lege, aut edicto. *L. pen. in pr. supr. ne quis eum. L. 1. §. hæc in factum, supr. de his qui deje. vel eff. L. 1. in pr. supr. si men fal. mo. dix.* Cur ergo ex his non est condictio ex lege, ut est ex constitutionibus: cum superiora non minus sint partes juris? quia, inquam, condictio ex lege comparata est ex iis obligationibus, quæ lege introductæ sunt; superiora autem quæ dicimus, neque leges sunt, neque constitutiones legi similes. Legis enim hæc sunt. Primum lex constitutio est civilis, jus ab hominibus constitutum. Deinde constitutio ejusmodi, quæ statim ut emissa est jus facit, et cives tenet. *L. 1. supr. de legib.* Hæc juri gentium et prætorio non conveniunt. Jus gentium constitutio civilis non est, sed jus omnium hominum commune: jus non ab hominibus profectum, sed a natura. *§. jus autem civile, Inst. de jur. nat.* Edicta autem prætorum sunt illa quidem constitutiones quædam prætorum; sed quæ si originem spectemus, legis vim non habuerunt; non enim ab initio fecerunt jus perpetuum, sed tantum ita, ut pro tempore annui magistratus his tenerentur cives. Servantur nunc quidem pro jure perpetuo edicta prætorum non aliter, quam senatusconsulta, aut principuum constitutiones, quinimo et optimam juris Romani partem constituunt. *§. constat, §. prætorum, Inst. de jur. nat. gen. et civil.* Sed hoc postea edictis tributum est constitutionibus, ex quo tempore edictum perpetuum dici cœpit, ut docui ad *L. interpositus, C. de trans.* Cæterum ab initio, ut dixi, et quatenus hæc a prætoribus profecta sunt, non hæc vis est et potestas edictorum. Unde in §. *quos autem, Inst. de bon. poss.* ex numero legum earumque constitutionum, quæ legi similes sunt, nominatim eximitur jus prætorium, negaturque eandem vim habere: † Sed hic oritur quæstio. Esto enim non sit ex jure gentium, aut jure prætorio condictio ex lege, quia nomen non conveniat iis partibus quæ non sunt leges; attamen convenire potest nomen condictionis ex jure; quoniam et hæc itidem sunt jura. Cur ergo et ex legibus proponitur condictio certa, quæ nomine rei conveniente, vocatur *ex lege*; non item ex jure gentium et prætorio demus condictionem certam, quæ convenienter dicatur condictio ex jure? Quia nulla ejusmodi condictio prodita est edicto prætoris, aut ullis legibus. At hoc quæritur, cur non sit prodita. Juris enim gentium, et juris prætorii obligatione, atque adeo actione non minus admissa, quam ex lege, an non absurdum, aut incongruens videtur obligationi legitimæ tribuere condictionis nomen, quod a suo jure appelletur; cæteris autem eandem vim et conditionem habentibus non tribuere? Nihil vero hic absurdi aut parum con-

sentaneam, sed omnia origini suæ consentiunt. Meminisse enim oportet condictionem ex lege non esse actionem tantum (nam alioqui ex omnibus obligationibus suprascriptis pariter est actio constituta) sed actionis certæ nomen; quod eum proponitur, ita proponitur, ut eo ad agendum utendum sit; id quod non tam in eo, quam in solemnitate et formola actionis positum est. In solemnibus aliud jus civile, aliud jus gentium et prætorium postulat. Quæ sunt juris civilis, ea recte juris civilis præceptis et solemnibus subiiciuntur. Quæ sunt juris gentium, non item; in his magis res ipsa, quam verba spectantur. Eadem ratio est juris prætorii, quod magis æquitatem, quam subtilitatem juris sequitur. *L. possumus, infr. de inius. rup. test. L. jus autem, supr. de just. et jus.*

Ait, SI OBLIGATIO LEGE NOVA IN-
12 TRODUCTA SIT. † Novam legem exigit, ut declaretur, si lege obligatio sine certo nomine actionis inducta sit; ex lege quidem nova conditionem ex lege esse; ex vetere autem, quamvis iisdem conditionibus concurrentibus non esse. Hoc tamen ita, si verbum hoc NOVA ad legem refertur, non ad obligationem. De quo prius statuendum est. Sunt enim, qui dubitent, superiorem sententiam absurdam rati, in quibus est Bartolus, putentque potius ad obligationem referri; ut sit sensus: si obligatio nova introducta sit lege, neque cautum, quo genere actionis experiamur, quacunque lege, id factum sit; sive vetere, sive nova, condictione ex lege agendum esse. Sed hoc neque contextus orationis patitur, neque verbum INTRODUCTA. Contextus hic est: SI OBLIGATIO LEGE NOVA INTRODUCTA SIT. Hic verbum NOVA coniungitur cum lege, non cum obligatione, cur ergo sententiam interpretantes cum lege non conjungamus, sed cum obligatione contra seriem verborum? Quod posterius si fit, fatendum est verborum trajectionem hic esse admodum vitiosam: utpote non modo abhorrentem a definitione, quam simplicem et dilucidam esse convenit; sed etiam adhibitam impediendæ sententiæ et erroris obiiciendi caussa; cum rationem recti sermonis quis secutus juste existimaturus sit, verbum NOVA ad proxima referri debuisse. Sed multo magis refragatur verbum INTRODUCTA: quod vi sua novam obligationem, et non aliam quam novam continet. Quid est enim introducere obligationem, nisi nunc primum inducere? et quæ nunc primum inducitur, nisi nova? Vetus aliqua si proponitur, non introducitur lege, sed confirmatur. Ea res facit, ut qui novam obligationem exprimere vult, si introductam dixerit, satis dixerit. nec possit verbum NOVA. adiici, nisi superflue: proinde et vitiose. Semper autem in omni oratione, et maxime in legibus verbis ita accipienda sunt, ne quid frustra et vitiose positum videatur. *L. si quando, infr. de legat. 1. L. 1. in fin. infr. ad mun. L. in ambigua, supr. de legib.* Quod usque adeo in hac definitione retinendum est, ut quamvis ita scriptum esset. SI OBLIGATIO NOVA LEGE INTRODUCTA SIT. Ut verbum, NOVA, sine vitio contextus tam ad obligationem, quam ad legem aptari posset: tamen ad legem potius deberet referri, ne oratio in redundantiam et superfluitatem incurreret; cum qui obligationem introductam dixit, satis dixerit novam introductam. Nunc cum ipso contextu verbum, NOVA, solum legi non obligationi adjungatur; dubitari non debet, quin hoc dicatur, ex lege agendum esse, si obligatio introducta sit lege nova: ut sit sensus, quam dixi. si obligatio lege introducta sit, nec cautum, quo genere actionis experiamur, condictionem quidem ex lege eo nomine dari, sed ita, si obligatio introducta sit lege nova; si vetere idem factum sit, cessare. Argumentum ut dixi in *L. 1. vers. hujus, supr. de off. ejus cui mand. est jurisd.* Atque hinc præcipua difficultas hujus definitionis. Nam primum quæ hic lex vetus dicenda est, quæ nova? Imo vero quæ lex est, quæ eadem non possit dici et nova, et vetus, prout eum prioribus et posterioribus legibus confertur? Lex Iulia de adulteriis si conferatur cum legibus præcedentibus, nova est; si cum sequentibus, et maxime si cum constitutionibus posteriorum Imperatorum, est admodum vetus. Ita fiet, ut non tantum sit incerta hæc definitio, dum explicare non possumus, quæ sit lex nova aut vetus; sed etiam contraria de eadem lege affirmet, et se ipsam refellat, dum ex eadem lege dat condictionem ex lege, et simul denegat. Dat, quia lex nova est: et rursum adimit, quia eadem lex est vetus diversa ratione. Utrumque autem in eandem legem eodem tempore concurrere non potest. Tum autem ut statuamus aliquam legem proprie dici veterem, cæteras novas, quid caussæ dici potest, cur ex novis legibus detur hæc condictio; ex vetere autem, quæ maxime lex est, hæc eadem condictio quamvis iisdem conditionibus intervenientibus non detur? Huc accedit, quod ex ea lege, quæ maxime vetus est, nempe lege duodecim tabularum, multis exemplis probari videtur ex lege agendum esse

idest, condictionem ex lege competere. Quæ
13 explicanda sunt. † Et de verbis legis novæ et veteris facilis responsio est. Sic enim eadem lex dicitur vetus ex nova, si de ea dicatur ex comparatione aliarum legum priorum aut posteriorum. At ubi simpliciter et extra comparationem lex vetus aut nova nominatur, certa hic et definita genera legum in usu juris intelliguntur. Constat enim verbo veteris juris seu legis intelligi legem duodecim tabularum, quæ ita dicta, est per excellentiam. Cæteræ leges et constitutiones postea secutæ appellantur novæ, seu jus novum. *L. 1. et L. 3. supr. de her. pet.* Sic autem lex duodecim tabularum nominata est, quod hæc prima est, quæ certo constituta sit a Romanis, ut maneret. Nam ante fuerunt quidem leges aliquæ regiæ, sed incertæ, et eæ quæ lege duodecim tabularum lata, exoleverunt; ut solum jus Romanum certum primum esse cœperit in legibus duodecim tabularum. *L. 2. §. 1. supr. de orig. jur.* Cum his legibus cæteræ postea collatæ, consequens fuit, ut dicerentur novæ. Ita fit hoc loco certa definitio, ut intelligatur, si aliis legibus omnibus obligatio nova constituta sit, nec cautum, qua actione experiamur, ibi competere condictionem ex lege; sin introducta sit obligatio lege duodecim tabularum, etsi maxime de genere actionis cautum non sit, ibi tamen cessare hanc condictionem. Nec sit hoc mirum, quod secundo loco quærabamus; quasi quod in cæteris legibus constituitur, absurdum sit, non constitui et in ea, quæ maxime lex est, nempe lege duodecim tabularum. Constitutum esset et in hac lege, si quidem opus esset; sed non fuit necesse. Sciendum est enim legibus duodecim tabularum latis, statim post ex his compositas esse actiones, id est, singulis actionibus sua nomina et suas formulas esse inditas, quibus ageretur de iis caussis, de quibus obligationes petitionesve his legibus erant constitutæ. *L. 2. §. his legibus, et §. deinde, seq. supr. de orig. jur.* Hinc factum, ut cum obligationes legis duodecim tabularum suas proprias et usitatas actiones haberent, non desiderarent aliud nomen actionis, puta condictionem hanc ex lege, quæ aliis deficientibus, quasi subsidio comparata est. At enim lege duodecim introducta est obligatio et actio multis in caussis: in quibus tamen aperte traditum est agi ex lege, ut actio de pauperie. *L. 1. et L. 3. supr. si quad. pau. fe. dic.* actio de glande legenda, item de pastu pecoris. *L. qui servandarum, §. ult. infr. de præs. ver.* Sed non ideo efficitur in his esse condictionem ex lege, tametsi definitio hujus legis iisdem verbis utitur, et sic accipitur, ut de condictione intelligatur. Initio enim ostendi verbum, *ex lege*, esse ambiguum; ut interdum nomen actionis notet; interdum caussam et originem, unde actio nata est. Hic quidem nomen actionis designare, qui aliter sine vitio accipi non possit. Alias autem cum dicitur quibusdam in caussis atque ex lege duodecim tabularum, sic esse interpretandum: ut intelligatur agi actione ex ea lege descendente, non autem condictione ex lege, quod hinc loco non adversatur. Satis igitur demonstratum est legem novam hic intelligenter nominari, ut hoc verbo leges omnes intelligantur, quæ legem duodecim tabularum secutæ sunt. Novam enim veteri opponi, ac veterem intelligi solam legem duodecim tabularum. Ex hac vetere condictionem ex lege non esse, et quamobrem non sit: ut de nova recte hic adiectum sit ad veterem removendam, atque hoc solum relinquatur, quod hic definiri dicimus, ibi solum condictioni ex lege locum esse, ubi obligatio lege nova, id est, ea quæ lege duodecim tabularum posterior est, introducta sit.

Sed videamus ne hoc ipsum non semper verum sit, quod hic aperte definitur, saltem ex lege nova condictionem ex lege esse, cum ea lege obligatio introducta est, nec cautum, qua genere actionis experiamur. Non objicimus hic edicta prætorum, quibus obligatio et actio introducitur de maleficio, ex quibus ut plurimum est in factum actio, non condictio ex lege, aut edicto *L. pen. supr. ne quis eum, qui in jus voc. est, vi exim. L. 1. §. hæc in factum, supr. de his qui dei. vel effu. L. 1. in pr. supr. si men. fal. mo. dix.* Jam enim ante docui edicta prætorum leges non esse, nec constitutiones legi similes, eoque nec verbo legis hic contineri: ut proinde nec possint obligationes inde introductæ dici introductæ esse lege nova, cum ne lege quidem introductæ sint. † At in his saltem de- 14 finitio falsa videri potest: in actione præscriptis verbis, et in lege Aquilia. Actionem præscriptis verbis civilem dici constat; quod nihil aliud est, quam ex jure civili esse. *L. juris gentium, in pr. vers. et ideo, supr. de pact. L. 1. in fi. cum L. seq. L. solent. in fin. infr. de præs. ver.* Constat et illud, hanc non competere, nisi cum aliud genus actionis deficit. *L. 2. L. 3. infr. de præs. ver.* Quod ipsum certo argumento est, ex quibus caussis præscriptis verbis actio est, ex iisdem condictionem ex lege non competere. At non igitur hinc efficitur in hoc genere caussarum jure civili, atque adeo lege actionem

introduci, nec ullum proponi certum genus actionis, neque tamen agi condictione ex lege? Sane vero efficitur; sed nihil adversus definitionem. Prodita est enim actio præscriptis verbis jure civili; de etiam introductam lege. Sed non ideo civilis est: non ideo jure civili, aut lege introducta est obligatio, ex qua præscriptis verbis agitur. Hæc est juris gentium: utpote ex iis conventionibus quæ jure gentium obligationem pariunt. *L. si operas, infr. de præs. verb. L. juris gentium, supr. de pact. L. ex hoc jure, supr. de iust. et jur.* Si juris gentium est, non est dicenda introduci lege: quoniam, ut ante docui, jus gentium lex non est, nec constitutio legi similis. Idcirco nec hæ caussæ ad definitionem pertinent, quæ de obligatione lege introducta loquitur. Confirmantur quidem conventiones istæ, earumque obligatio jure civili et lege: qua ratione et caussæ ipsæ et earum obligationes tum civiles, tum legitimæ interdum dicuntur, ut *d. L. juris gentium. in pr. vers. sed etsi, supr. de pact, §. sed istæ, Inst. de act.* Sed civiles sunt, quia confirmantur jure, non quia introducuntur. Definitio de obligatione introducta, non de confirmata
15 concepta est. † Plus dubii videtur in obligatione et actione legis Aquiliæ. Lex Aquilia vere lex est, et ea, quam verbo legis in hac definitione contineri supra ostendimus. Eandem novam esse constat, utpote non solum lege duodecim tabularum, sed et aliis multis legibus posteriorem. *L. 1. supr. ad leg. Aq.* Sed nec ea lege nominatim cavetur, quo genere actionis experiamur, si modo nihil amplius fuit in lege, quam quod de hujus capitibus refertur partim in *L. 2.* partim in *L. si servus servum, §. tertio capite, supr. ad leg. Aq.* Ita conditiones omnes definitionis propositæ ei legi ejusque actioni congruere videntur. At non congruit definitum. Non est enim ex ea lege condictio ex lege, sed actio ejus legis propria, quæ certo et proprio nomine appellatur actio damni injuriæ, vel ut alii malunt, damni injuria, ut subaudiatur dati. *d. L. si servus, in pr. et §. si quis de manu, L. quemadmodum, §. item, in fin. §. si navis, L. illud. L. si quis testamentum, cir. fin. ad leg. Aqui. Inst. eod. tit. in pr.* Unde et passim actionem legis Aquiliæ dici legimus, ut intelligatur proprium actionis genus ei legi conveniens, non commune: qualis est condictio ex lege, quæ accommodatur omnibus legibus ad definitionem hujus loci pertinentibus. *d. L. si servus, §. servi, §. si cum apes. §. si navem, §. ult. L. qui occidit, §. pen. L. nam sicut, L. ob id, L. si quis fumo, in fin. ad leg. Aq.* Et vero condictionem ex lege hinc dari nusquam scriptum, aut relatum animadvertimus. Sed ne hujus quidem legis exemplum definitioni propositæ adversatur. Cætera enim definitionis concurrunt in hoc exemplo. Unum deest, quod est in Pauli definitione, quod obligatio et actio de damno dato constituta est lege Aquilia, sed non primum introducta, quod definitio exigit. Fuerunt et ante legem Aquiliam multæ aliæ leges, quibus de damno dato cavebatur, ut traditur in *L. 1. ad leg. Aq.* Secuta est lex Aquilia, quæ non actionem de damno introduxit, sed de æstimatione et quantitate damni constituit. Definitio, ut dixi, concepta est de obligatione, quæ lege nova primum introducta sit. Quamquam nihil vetat, quominus dicamus et lege Aquilia cautum esse de certo genere actionis, eamque post illa verba legis, quæ referuntur in *L. 2. ad leg. Aq.* propositam fuisse. Nihil enim ad rem pertinet, quod id nusquam postea refertur. Nam et post illa eadem verba actionem proponi in duplum adversus inficiantem, ibidem scriptum est; neque tamen ea pars legis usquam relata est. Sed quoniam de eo nihil certi habemus, quia verba integra legis non exstant, in priore responso manere totius videtur.

AIT. NEC CAUTUM EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR.

† Recte, nam ubi lege actio certa et negotii 16
propria prodita est, frustra alia desideretur, et præsertim ea, qua non item proprie res exprimatur, qualis est condictio ex lege; quod verbum communiter ad omnes leges pertinet. Genus actionis est species actionis, seu actio certa distincta ab aliis. Ut, *hoc contractus genus*, in L. ult. infr. *de cond. cau. dat.* pro hæc species contractus, seu hic contractus, qui nominatim ibi propositus erat: quasi genus locati et conducti intervenit in *L. 1. §. si quis servum, infr. dep.* idest, species quodammodo locationis et conductionis, seu quasi quædam locatio et conductio. Fit autem species actionis, seu certa actio, cum propriis notis distinguitur ab aliis actionibus. † Distinguuntur autem jure civili 17
actiones aliæ ab aliis, ut re de qua agitur, ita præcipue nominibus propriis rei convenientibus, quæ cuique actioni attributa erant, prout natura rei nomen certum patitur (neque enim omnes res id admittunt, quoniam natura rerum comparatum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. *L. 4. infr. de præs. ver.*) sed dum natura negotii admittet, suis nominibus et propriis quæque actiones notatæ sunt jure civili et distinctæ inter se, ut ea esset cujusque sui propria actio ,

quam nomen certum ostenderet. Unde quæ actiones dicuntur proditæ et vulgares in *L. 1. infr. de præs. ver.* eæ mox in *L. 2. eod. tit.* dicuntur vulgaria atque usitata actionum nomina: ut intelligamus actionum vulgarium discrimen esse in nominibus cujusque propriis: non quidem propter nomen, sed quia res ipsa suis nominibus distincte notaretur. Item in *L. 1. infr. de æstimat.* cum initio dictum esset, proponi actionem præscriptis verbis de ea re quæ æstimata vendenda data est, dubitaretur autem quæ hic actio ex pluribus illic propositis competeret: subjicitur ratio: quia daretur ea actio, quoties de nomine contractus dubitatur: de nomine contractus idest, de nomine actionis: quoniam actionis nomen ex appellatione contractus nascitur. *L. 2. juncta L. 3. infr. de præscr. verb.* unde intelligimus dubitationem de nomine actionis non aliam esse, quam dubitationem de specie actionis, seu de eo, quæ sit actio. Quare his verbis, NEC CAUTUM EADEM LEGE, QUO GENERE ACTIONIS EXPERIAMUR, sciamus hoc dici: si nec eadem lege expressum sit, qua actione, quove nomine actionis experiamur, seu si nec nomen actionis proditum sit eadem lege, quo agendo utamur. Hinc certius apparet, quod supra dixi, cum de condictionis verbo agerem, condictionem ex lege hic non significare actionem in personam, quæ ex lege descendat, sed actionis certæ nomen, quo in hac specie agenti utendum fuerit apud Romanos. Est enim hic sensus definitionis: si alia actio certa prodita non erit, hanc certam futuram, quæ *condictio ex lege* appellatur. Alioqui si significaretur simpliciter, actione ex lege descendente hic agi, non fuit addenda hæc conditio: *si cautum non sit, quo genere actionis experiamur*: cum etiamsi id cautum esset, et eo genere experiremur, nihilominus verum esset agi condictione, idest, actione in personam ex lege descendente: quoniam etiam certa et certi nominis actio, non minus actio est, nec minus a lege proficiscitur, cum lege constituta est.

Quis ergo usus est, quæve utilitas hujus conditionis? Nam dum obligationem lege constitutam, et inde agi posse constabit, quid refert, quæ sit actio, hæc, an alia: et quid nomen actionis ad rem pertinet, dum res aliter intelligatur? Et usus in eo est, quod postea dicitur, hac actione agendum esse: de quo sequebatur, ut diceremus, sicut postulat ordo definitionis. Sed prius dubitationi occurrendum est, quæ hoc loco incidit. Videmus enim, ex multis quæ in singulis actionibus quæri solent, ut actio consistat, unum hoc tantum tradi hac definitione, quando hac condictione agendum sit, de quo ante hactenus dictum est. † Atqui ad rectam 18
institutionem actionis non minus illa pertinent, quibus ex caussis quæque actio nascatur; quibus, adversus quos, et qua de re competat. Cur ergo et de his nihil definitur? Et de instituto Pauli in hac re affirmari nihil potest: consulto ne hæc ab illo prætermissa sint; an quia quo loco hæc definitio scripta est, illi propositum esset solum dicere, quando huic condictioni locus esset. Hoc de re vere dici potest, ideo de his in hac condictione quærendam definitionem non esse, quia nec certa tradi potest, neque etiam ullam tradi est necesse: ut quodcunque Pauli propositum hic fuerit, semper recte dicturi simus bene hæc esse omissa, nec ad definitionem revocari debuisse. De his definiri nihil potest: quia quæ novis legibus constituuntur obligationes, eæ longe diversis ex caussis, inter alios atque alios, de aliis atque aliis rebus constituuntur: ut in caussis tam dissimilibus res sub unam notionem non cadat, sed quid quæque obligatio postulet, ex unaquaque lege qua obligatio introducta est, sumendum sit. Sed nec de his rebus definiri necesse est: quoniam cum non sit condictio ex lege, nisi cum nova lege obligatio aliqua introducta est, nunquam prius ad condictionem venietur, quam de lege ipsa constiterit, unde ea obligatio et condictio est. At lege proposita, statim superiora se ostendunt: ut non aliunde, quam ex lege definitio hæc petenda sit. Lex enim quæque in actione proponenda necesse habet hæc complecti, quam ob caussam, cui, adversus quem, et ad quid velit esse actionem. Ita si lex ante condictionem institutam certa est: superiora item de conditione certa sint, necesse est. Jam ergo de usu, qui sequitur, videamus.

Ait, AGENDUM EST. † Hic ut dixi, con 19
dictionis ex lege usus spectandus est. Non enim dicit Paulus condictione ex lege agi posse, aut condictionem ex lege dari; seu competere. Quod si faceret, vere hujus condictionis nullus esset usus. Nam his verbis cum daretur jus et facultas agendi, sic intelligeretur dari, ut liberum esset actori ita agere aut non agere. *L. pen. C. de pac. L. sæpe, supr. de off. præs.* Et quoniam actionis nomen hoc verbo constitui dicimus, eveniret hoc quoque, ut liberum esset eo nomine in agendo uti, aut non uti. Hic vero merito liceret quærere, quod supra quærebamus, quid nomen actionis ad rem faceret, ubi prius obligationem, eoque et agendi potestatem lege introductam esse constaret, et

sine nomine res intelligeretur. Et omnino fatendum esset, actionis nomen hic adjici inutile esse pariter actori et reo. Actori quidem, ut qui sine eo nomine agere potuerit, ac nihilominus idem consequi: reo autem, ut qui actorem eo nomine uti cogere non potuerit. Nunc autem ait Paulus, *agendum esse*, quo necessitas agendi significatur. In hac necessitate versatur usus hujus condictionis. Hoc enim eo pertinet, ut sciat actor, dum pro conditione definitionis hoc loco propositæ ex lege agere volet, non esse sibi liberum alio nomine aut forma uti; sed necesse habere sic experiri, ut nomen hoc condictionis exprimat: id est, dicat se quod petit, condicere ex illa aut illa lege, cujus legis beneficio utitur. Ejusque rei vis hæc est, ut nisi ita actionem instituat, edatque adversario, nulla sit editio, nec intentio teneat; sicut evenit in omnibus certis et vulgaribus actionibus jure proditis. *L. 1. supr. de eden. L. 1. supr. si men. fal. mo. dix. L. 1. 2. et 3. infr. de præs. ver.* Quod actoris caussa comparatum non esse perspicuum est, ne quis forte utilitatem ejus aliquam hic requirat: sed comparatum est rei caussa, ut ei consulatur: quo scilicet actione certa constituta, et sibi edita, facilius deliberare possit, utrum cedere, an contendere debeat: et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum *d. L. 1. infr. de ed.* Nullane ergo alia utilitas est in cæteris actionibus proponendis, ut commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locati conducti, certi condictione et similibus? Imo alia. Nam cæteræ proponuntur maxime actionis caussa, ut sciatur in iis negotiis, de quibus agitur, esse actionem, et cui, adversus quem, quave de re sit actio, cum de his rebus quivis oriturus dubitare posset. Sed etsi generalis aliqua actio proponatur de aliis caussis, de quibus jam ante speciales et proprias actiones esse constabat, ut certi condictio: tamen hoc ipsum utilitatem hanc actoris continet, quod actor plures actiones de eadem re habere incipit, quibus pro arbitrio in judicio utatur: quod ad nonnullam commoditatem agendi pertinet. Nihil horum in condictione ex lege proponenda intelligi potest. Primum hæc non proponitur actoris de jure suo commonefaciendi caussa, ut sciat se de hac aut illa re, ex illa aut illa lege habere actionem: quippe qui illa prius constituta et nota habeat, quam ad hanc actionem veniat. Proponitur enim condictio sub conditione, si obligatio lege nova introducta sit. Unde prius hoc ipsum constare oportet, legem aliquam esse, et ea lege obligationem esse constitutam, quam hac condictione quisquam experiatur. Id autem ubi constet, etiam illud constat, legem facere agendi potestatem. Non enim aliter obligatio est, quam si obligatus necessitate obstringatur ejus rei præstandæ de qua agitur, ut est definitio obligationis *Inst. de obl.* neque ulla necessitas est præstandi, ubi id judicio petere et persequi, ut auferas, non licet. Qui ante propositam hanc condictionem, cognovit ex lege se actionem, id est, agendi potestatem constitutam habere, huic plane dici non potest hæc condictio ideo proponi, quo de jure jam satis noto instruatur. Sed nec proponitur condictio ex lege ad commoditatem actoris, quo is plures de eadem re actiones habeat, ut de condictione certi, triticiaria, et aliis generalibus quibusdam dici potest: propterea quod non est hæc condictio, nisi tunc cum obligatio lege primum inducta est, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiemur: id est, nisi cum de ea obligatione nulla alia certa actio prodita est. Non immerito igitur dicimus aliam esse caussam cæterarum actionum proponendarum: aliam hujus condictionis: omnique alia utilitate hujus actionis remota, ejus usum versari in eo, non ut actor proposita uti possit, idque sciat sibi licere: quod ei inutile est; sed ut uti in agendo necesse habeat, quo reo consulatur. Id autem esse, quod Paulus hic dicit, ex lege agendum esse, non autem agi posse.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TIT. DIG. DE CONDICT. TRITICIARIA.

SUMMARIA.

1. Triticiaria *quæ actio.*
2. *Nominis origo anceps, unde, et cui bono de ea quærere:*
3. Triticiaria *ab auctore* Tritico *recte.*
4. *Triticiaria a tritico dici non potest ratione nominis repugnante: cur nomina inventa, et qualia esse debeant.*
5. *Tritici appellatione non contineri fruges, certe non eas quæ fruges non sunt.*
6. *Actio a re aliqua dicta extra eas jure non competit.*
7. *Actiones aliæ quæ de tritico quidem competunt verumtamen competunt et de aliis rebus, non dicuntur triticiariæ.*
8. *Triticiariam non appellari à tritico, probari L.* 1. eod. tit.
9. *Caussa auctori de etymo* Triticiariæ *pluribus disserendi.*
10. *De Etymologia* Triticiariæ *Græcorum quorundam sententia, et ea refutata.*
11. *Formulæ actionum ex petitione alicujus privati natæ non sunt, sed compositæ, ut ex iis privati agerent.*
12. *Formulæ actionis cujusque ita compositæ, ut ad res omnes ejus actionis pertinerent.*
13. *Actionis nomen nunquam ab una re, quæ primo petita est.*
14. Triticiaria *non inde dicta, quasi proposita sit prima in edicto de tritico, post deinde ea translata ad res alias nomen prius retinuerit.*
15. Triticiariam *ab auctore dici necesse; triticiariam dici non triticariam.*
16. Triticiaria, *qualis, et quibus ex caussis.*
17. Triticiaria *cui, et adversus quos.*
18. Triticiaria *stricti juris, non arbitraria, non de rei æstimatione.*
19. *Arbitraria non continuo, in qua judex rem æstimat.*

DE CONDITIONE TRITICIARIA quærentibus prima quæstio occurrit de genere
actionis, deque ejus nomine, ut sciatur quæ
sit, quidque hoc verbo significetur, sic deinde quæratur, qualis sit actio quæ hoc verbo
1 proponitur. † Actionem in personam esse
constat. Est enim condictio. Omnis autem
condictio, actio in personam. *L. actionum, infr. de obl. et act.* §. *sic itaque, Inst. de act.*
Hujus proprium, quod comparata est de rebus
omnibus, excepta pecunia numerata. *L.* 1. *hoc.*
2 Ita de genere actionis convenit. † De nomine
ambigitur, unde dictum sit, utrumne ab auctore, ut dicta sit triticiaria, quia proposita
sit a Triticio in edicto, ut a Publicio Publiciana; an vero a re, idest, tritico, quia et de eo scripta fuerit: nam de origine verbi nihil in libris nostris traditum, aut etiam significatum legimus. Originem autem et significationem dubiam facit anceps nominis derivatio, et huic consentiens analogia. Triticiaria namque, si analogiam tantum sequimur, et a Triticio deduci potest, et a tritico. Sic enim a Tritico dicitur triticiarius, ut a triclinio triclinarius. Utque triclinarium dicimus, quod est triclinii, seu quod ad triclinium pertinet: sic recte triticiarium, quod est Triticii, ut et actio quæ ab illo nata est. Et rursum ut a lectica lecticarius, a fideicommisso fideicommissarius dicuntur, qui

lecticam aut fideicommissum sequuntur: sic a tritico recte triticaria, quæ triticum persequitur, seu quæ est de tritico. Incertitudinem originis auxit varietas scripturæ Florentinæ. Nam in Pandectis Florentinis inscriptio hujus tituli est, *De condictione triticiaria*, quæ forma ad auctorem magis refertur. At in *L.* 1. nominatur condictio *triticaria*, quod potius a tritico duci videtur. Ambigitur ergo, utrum horum probandum sit potius. Et sunt, qui prius probent; sunt etiam, qui posterius. Quid hoc ad jus, quæret aliquis, ut de hac origine sollicitum quem esse oporteat? Nihil admodum, fateor, si alioqui res intelligatur. Sed cum verbum significandæ rei caussa impositum sit: non prius certo statui poterit rem a nobis intelligi, quam quid sit in verbo, cognoverimus. Ad jus hoc quoque pertinet. Periculum est enim, ne ignoratione verbi tribuamus huic actioni, quod non est in re, atque ita in jure rei erremus. Et ut nihil sit aliud: tamen agitur in eo veterum jurisconsultorum æstimatio, et dignitas juris, ne quid imperite aut inepte in hoc nomine imponendo factum putetur. Quid ergo est? Etsi quæritur, quid istorum de hac actione recte dici possit (ut omnino quærendum est, cum de intelligentibus auctoribus agitur, nec aliunde constat, an aliud auctores senserint) hoc, inquam, si quæritur, res expedita est. A Triticio auctore recte et ex usu juris dici potest; a tritico autem nullo modo: non sane magis, quam ab asino et bove, aut etiam saxo, de quibus et hæc ipsa
3 actio competit. † Ab auctore actionem quamlibet recte dici notum est. Declarat Publiciana actio: de qua diserte scriptum est in §. *namque, Inst. de act.* hanc Publicianam appellari, quia primum a Publicio prætore in edicto proposita est. Nec dubium est, quin inde et hæ actiones appellatæ sint, Paoliana, Serviana, Calvisiana. Ne quem analogia hic moverit, quod actio triticiaria dicitur, non, ut superiores, triticiana. Non enim una forma est derivationis apud Latinos. A Triticio quidem recte dicatur Triticiana eadem forma, qua superiores: quomodo et hæc condictio in quibusdam exemplaribus nominatur. Sed non minus etiam recte dicitur Triticiaria, ut a triclinio res triclinaria, ut supra ostendi. Quare si quis dicat Triticiariam dici a Triticio, ut Accursius probabiliter dici existimavit, quod et Bartolus sequitur: negari non potest, quin fiat exemplo, dicaturque tum significandæ rei, tum usui juris conve-
4 nienter. † A tritico vero ut dicatur, quæ ratio nominis et recti sermonis, quis usus juris et veterum in actionibus pati potest?

Nam ut de his aliquid cum fructu dicamus, quid valeat ad res etiam cæteras: omnes concedunt *triticiariæ* verbum nomen esse hujus actionis. Quinimo quod dicimus aliquam rationem esse, cur ita nominetur, eamque rationem quærimus, hoc ipso maxime ita actionem nominari, et recte nominari confirmamus. Si nomen est hujus actionis, omnino a tritico dici non potest. Repugnat lex et ratio certa omnium nominum. Quod verbum rem aliquam non significat, sed quidvis aliud, id ejus rei nomen esse non potest, ac si ei imponitur, non nisi inepte et absurde imponitur: ut si actionem de equo appellem asinariam, aut si de tritico appellem bubulam. Nomina enim significandarum rerum caussa inventa sunt. §. *si quidem, Inst. de legat.* unde et rebus jubentur essa consequentia: §. *est et aliud, Inst. de donat.* ut si rem non significent, eique non conveniant, ne nomina quidem sint. At si a tritico dicitur hæc actio, nihil minus quam verbo triticiariæ actio significatur. Meminisse enim debemus competere eam non de tritico solo, sed de rebus omnibus tam immobilibus, quam mobilibus, et tam animatis quam inanimatis, nec minus incorporalibus, quam corporalibus. *L.* 1. *hic.* Non ergo ut triticiaria nomen sit actionis, a tritico dici potest. Nam ut forte quatenus de tritico est, dicatur recte triticaria; at certe de cæteris rebus omnibus, puta fundo, equo, asino, bove, et aliis innumeris hoc nomine dici non potest: quia hactenus non est de tritico; cum istæ res tritici appellatione non contineantur; nihiloque rectius de cæteris rebus dicatur triticaria, quam de tritico ipso dicatur asinaria, aut prædialis. Nisi forte quis putat verbo tritici cæteras res posse intelligi: quod non
ita est. † Nam quod quidam dicunt tritici 5
appellatione vetustatem fruges omnes appellasse: neque verum est, nec quidquam ad istam etymologiam confirmandam pertinet. Esto enim, hoc verbo contineantur fruges; at non contineantur res immobiles, fundus, ædes: non mobiles animatæ, ut equus, bos: non mobiles inanimatæ, quibus non vescimur, ut lapides, ligna, libri, supellex: de quibus tamen omnibus non minus hæc actio competit. Ita hac ratione effici potest, triticariam de frugibus omnibus recte ita dici posse a tritico; illud non efficitur recte dici de aliis, quæ sunt innumerabiles. Quinimo contra efficitur non recte dici, quia frugum, eoque et tritici verbo illæ non continentur. Quid tamen, si quis dicat proprie quidem tritici appellatione cæteras res non contineri: at figurate accipi posse, ut ex parte totum

significetur: quippe triticum præcipuam partem esse in hac actione, quoniam tritico maxime homines ad vitam utantur: hinc a parte præcipua συνεκδοχικῶς totum appellatam. Id in verbo tritici dicere non licet. Non possunt intelligi hoc verbo tanquam ex parte præcipua res cæteræ, quia triticum cæterarum rerum pars non est: tantum abest, ut sit præcipua. Quis enim dixerit triticum esse partem asini, aut bovis? Quid, si potius dicamus propter dignitatem et præstantiam rei solum triticum esse nominatum, ut nihilominus propter hanc cæteræ res intelligi debeant? Absurde vero hoc dicatur. Neque enim præstantia cujusque rei ejus rei substantiam mutat, facitque ut magis contineat, aut attingat res cæteras, quamvis multo inferiores. Aurum ex omnibus metallis præstantissimum habetur. Neque ideo non per se sejunctum est a stanno, aut plumbo, aut ejus appellatione ista inferiora aut continentur aut intelliguntur. Imo vero quo quæque res dignior et præstantior, eo magis distinguitur a cæteris. Quæ res facit, ut hujus appellatione multo minus cæteræ intelligantur.

Dixi de ratione nominis, ostendique, quam hæc non permittat, ut triticiaria dicatur a tritico: quia nomen actioni non conveniat, neque nec nomen sit actionis. Sic fieri, ut si actionis nomen est, inde appellari non possit. Nunc dicam de usu juris, et veterum in actionibus appellandis. Ex quo non minus intelligetur hanc eandem legem veteres ubique diligenter servasse, ut essent nomina actionum rebus convenientia: neque hunc usum pati ut triticiaria; cum de aliis omnibus rebus competat, quæ triticum non sunt, a tritico nomen habeat, quæcunque dignitas præstantia, aut petitio tritici statuatur. †

6 Hoc primum observare licet in usu juris, ut cum actio a re petita nomen accepit (qualis est triticiaria, siquidem a tritico petito dictam volumus) sic appelletur ab ea re, ut constituatur ea res propria actionis, ac complectatur quidem ea res sub appellatione generis species omnes, de quibus actio competit, verum extra eas de cæteris rebus actio competere negetur. Exempli gratia; actio commodati est quæ de commodato; depositi, quæ de deposito; pigneratitia, quæ de pignore hypothecaria, quæ de hypotheca; certi condictio, quæ de certo competit: unde et hæ nomen habent. Hæc ita a rebus de quibus competunt, nominantur, ut competant quidem de omnibus actionis nomine comprehensis; at simul de aliis competere negantur. Nunquam enim de commodato sit actio depositi; aut de deposito actio commodati. Nec pigneratitia de alia re competat, quam de pignore; hypothecaria de alia, quam de hypotheca, multoque minus de re incerta sit certi condictio. Merito: nam aliis rebus nomen non congruit. Nunquam enim commodatum est depositum, aut depositum pignus vel hypotheca; nunquam incertum certum. Ut appareat veteres in hac re rationem illam nominum, quam dixi, esse secutos, ut nomina rebus convenirent. Ita non ex usu veterum rationem recti sermonis, sed ex ratione et perpetua lege recte loquendi usum veterum natum esse. Hanc legem atque hunc usum etiam in triticiaria valere oportet, si quidem et hæc nomen accepit a tritico petito. Si a tritico appellata est, sic nomen accipi debet; ut de tritico quidem cujusvis generis competat; at de aliis rebus quam de tritico non competere intelligatur. Et plana esset absurdum de iis rebus quæ triticum non sunt, dici eam esse triticiariam, idest, de tritico. Prohibet igitur et certa ratio, et consentiens usus juris, quominus eam a tritico dici velimus, aut dictam esse interpretemur. † Atque ut hic usus 7
spectatur in iis actionibus, quæ ex re petita appellantur: sic et in iis, quæ competunt de rebus pluribus, et simul de tritico, similiter ut triticiaria. Constat actionem depositi, sic de rebus omnibus depositis competere, ut sit etiam de tritico deposito: sic empti actionem de rebus omnibus venditis, ut sit etiam de tritico vendito: sic certi condictionem de omnibus rebus certis, ut sit et de certo tritico, ex quacunque caussa debeatur. Atqui omnes hæ et si quæ aliæ sunt similes, sic dicuntur a re petita, ut nomen sit a genere toto earum, de quibus comparatæ sunt: nulla autem plane dicatur a tritico, quantumvis et de eo competat: quia scilicet non de eo solo, sed et de aliis rebus innumeris non minus competant. Cur igitur dicatur potius actio hæc a tritico, quæ de pluribus aliis rebus constituta est, quam superiores, etiam si competat etiam de tritico? Apparet neque hoc usum veterum in reliquis appellandis, neque rectam rationem pati posse.

Quæ si ita sunt, satis argumenti est, inde veteres non appellasse. Neque enim tam imperiti fuerunt, ut ignorarent nomina rebus significandis adhiberi a quibus potius hæc sententia toties usurpata et constituta est: tam stulti, ut eam actionem quæ esset de asino, aut ædibus, qua parte talis esset, tritici nomine significari putarent; quis enim sanus asinum, aut ædes triticum appellet? tam immemores sui, ut cum alias actiones omnes a re petita nominatas nominibus toti generi

convenientibus appellassent, in hac una a scipsis discederent, ut eam a solo tritico tam præter consuetudinem, vocabolo tam non suo
8 nominarent. † Nunc doceo, ut non potuit triticaria nisi stulta et contra usum juris appellari a tritico, quæ de tritico solo non fuit: ita re vera nec inde appellatam esse, quod propemodum liquet ex *L.* 1. *hic.* Illic enim Ulpianus tractans ex professo, quibus de rebus hæc actio competat, primo generaliter definit alias res omnes, quæ sint præter pecuniam numeratam, per hanc actionem peti: mox enumeratione utitur: *sive* inquit, *pondere, sive mensura constent: sive mobiles sint sive soli:* proinde fundum, usumfructum, servitutem prædiorum hac actione peti posse. Nusquam tritici mentionem fecit; quod tamen necesse fuit in hac quæstione, si actio a tritico diceretur. Ne quis enim putaret, quia a tritico dicta est, eam competere de solo tritico, quod ex verbo existimari oportuit: necessario hæc cogitatio illi amolienda erat occupatione, et ita dicendum: et si condictio a tritico appellata est, et de eo præcipue proposita; non tamen triticum solum per hanc actionem peti potest, sed generaliter res omnes aliæ præter pecuniam numeratam, et quæ sequuntur. Quod cum non fecerit, atque adeo cum ne nutu quidem de tritico magis, quam de aliis rebus significarit: perspicuum est nullam hic ejusmodi dubitationem fuisse ex verbo tritici, eoque nec actionem inde esse appellatam.

Sed quid proficimus his rationibus, dixe-
9 rit aliquis? † Dissentiunt Græci interpretes, magni auctores videlicet, qui casu quodam huic actioni id nomen inditum tradunt. Dissentiunt et nostra ætate nonnulli, qui ad istorum auctoritatem serio nos revocant, nec dubitant hac sententia apud illos inventa, eam nobis ut magnum quendam thesaurum, rem notatu valde dignam, et antea reconditam commendare. Scio; et hæc mihi caussa fuit adversus hunc errorem pluribus disserendi, quo adversus eos auctores certius hujus originis et juris veritas statuerunt. Multos enim movet cujuslibet antiquitatis nomen; alii propter imperitiam plus linguæ tribuunt, hominum more admirantes, quæ non intelligunt: quasi peregrini interpretes ut plurimum antiquitatem Romanarum ac juris et linguæ imperiti, ideo plus viderint, quia Græce scripserunt. Quod ni ita esset, nunquam essem tam ineptus, ut quamvis superiora verissima esse statuam; tamen in re judicio meo non obscura, frustra longiorum operam sumerem. Imo ne sic quidem aliis dissentientibus, in quæstione de verbo, quæstione de verbo, quæstione, ut videtur, cum de re constat, non admodum necessaria, pluribus immorarer, nisi sententia ipsa esset ejusmodi, quæ ineptam et absurdam etymologiam huic actioni affingendo, jurisprudentes veteres semel omnes in hac appellatione seu inducenda seu retinenda summæ inscitiæ et stultitiæ condemnaret, doceretque nihil esse tam ineptum aut absonum dictu, quod Jurisconsultis veteribus, cum illis collibuisset, probari non posset. Quam injuriam eam fieri dolerem optimis auctoribus, hanc longius serpere non sum passus, quin pro eo, ac facere juris interpretem et veritatis amantem decet, occurrentem, statueretque hic exemplum, ex quo posset intelligi, quantum istis Græcis tribuendum esset et fidei et auctoritatis, cum de jure Romano, de sermonis Latini vi et origine agitur. † At enim dissentiunt illi non sim- 10
pliciter, quasi iis sufficeretque affirmare triticiarum a tritico dictam esse; sed et hujus originis caussam afferunt, ut quidam putant valde consentaneam; ne forte quod hic ab illis dicitur, statim repudiemus. Ergo hoc etiam restat, ut quid dicant, cognoscamus. Scite vero illi hujus rei caussam reddiderunt. At ego non vereor, ne hac paulo, proprius inspecta, non ab omnibus qui aliquo judicio præditi sunt, cum sua caussa irrideantur: tantum abest, ut putem cuiquam intelligenti dum attendenti eam probari posse. Volunt triticiariam a tritico dictam esse, quia initium agendi fuerit de tritico; idque ita explicant. Narrant eum qui primus hac actione egerit, petiisse triticum, et in hanc rem postulasse sibi hanc actionem dari. Hinc formulam primum compositam a Jurisconsultis, ut erat usitatum illis temporibus, quibus sua cuique actioni formula constituta erat; et compositam fuisse de tritico, ut tum id petebatur, formula nimirum ad factum accommodata: inde et formulam et actionem triticiariam esse appellatam. Hæc illi. Quæ nisi omnia non tantum falso, sed etiam partim nugatorie, partim absurde, partim imperite dicta esse ostendo, non recuso, quin nos inepti et imperiti, boni autem isti auctores omnium optimi et peritissimi mea etiam sententia habeantur. Ajunt eum, qui primus egit hac actione, egisse de tritico. Nugari hoc quidem est, non docere. Quid enim, si quis neget? quomodo probabunt? An non potuit, qui primus egit de aliis rebus agere? Neque vero isti vixerunt illis temporibus, ut testari possint de tritico potius, quam de alia re actum esse, neque idoneum ullum hujus facti auctorem citant. Valde ineptum

est pro fundamento alicujus sententiæ id ponere, quod si negetur, longius progredi non possis. Sed potuit hic actor et de tritico agere: itaque quia potuit, etiam fecisse eum, si ita videtur, concedamus. Quid tum postea? an qui egit de tritico, continuo triticiaria agit. An non potest de tritico deposito agere, ut sit actio depositi: de empto, ut sit actio ex empto, non triticiaria. Potest omnino; et si quis ex his caussis petat, actiones superiores impetret, non triticiariam. Quid est igitur, quod dicunt, ad hujus petitionem, qui
10 primo de tritico egit, formulam et actionem triticiariam compositam fuisse, non depositi, aut ex empto? Quia scilicet proponunt eum actorem, non qui primus egerit de tritico simpliciter; sed qui egerit hac actione, seu qui de tritico hanc actionem sibi dari postularit. Postulabat ergo iste actor hanc actionem, nempe triticiariam. Erat ergo jam tum triticiaria actio, et ipsa quæ nunc ita appellatur. Alioqui quomodo ea ageret, quæ non erat prodita? solus actione et judicio experiri potest, qui actionem habet. *L. si pupilli, §. ult. supr. de neg. gest.* Nemo autem actionem futuram habet, et quæ nondum est, sed præsentem, et jam ante jure proditam. *§. namque*: illic, *nullam habet in rem, Institut. de action.* Erat ergo, ut dixi, jam tum actio triticiaria, cum iste hac actione experiebatur, et cum eam sibi reddi postulabat a prætore. At hoc iidem illi paulo post negant. Affirmant enim post hujus actoris petitionem compositam esse et appellatam formulam triticiariam, atque inde istius nominis occasionem et initium fuisse: idque ut efficiant, unum hoc illis in ratione hujus nominis explicanda propositum est. Quod si post nata est, certe ante, aut tempore ejus petitionis non fuit. Et quisquam est, qui hæc secum pugnantia atque adeo ἀσύςατα esse non animadvertat? Et illi si cogitarent quid dicerent, hæc unquam tam inconsiderate scriberent? nam si cogitarunt et scripserunt, ne his mediocris etiam intelligentia defuit. Utcunque est, ad eos hoc loco refellendos non aliis auctoribus, quam his ipsis opus est. Quid enim dicent? primum istum actorem egisse triticiaria actione? falsum est ipsis auctoribus: hæc enim actio nondum nata erat, ut quam postea compositam et inductam volunt. Atque hoc ipso etiam efficietur, hanc postea compositam non esse: quia ipsis auctoribus non alia de caussa composita formula actionis triticiariæ fuerit, quam quod triticiaria actio initio postulata est. Rursum volent omnino istum actorem triticiaria actione egisse? falsum igitur, quod sequitur, triticiariam actionem postea esse inductam: ut quæ jam ante fuerit, quia non potuerit non esse tunc, cum ea ageretur. Atque hoc modo retro versus falsum erit istum acturem prius egisse triticiaria actione: quia si egisset volunt consequens fuisse, ut formula triticiaria postea componeretur. Ut appareat, quod dixi, non magis hæc esse contraria, quarum uno posito, alterum tollatur; quam ἀσύςατα: quorum uno posito sic alterum tollatur, ut simul tollatur et illud quod prius positum fuerat, atque ita neutrum consistat. Permittamus tamen illis ita divinare, ut qui primus egit triticiaria actione, egerit de tritico, demusque nihil contrarii esse in eo, ut dicatur aliquis egisse actione triticiaria, cujus tamen actionis nomen postea natum et inditum sit. Quid hæc petitio tritici ad nomen actionis inducendum facit, ut hæc propterea triticiaria appellari debeat? Imo, inquiunt, composita est inde a Jurisconsultis formula in verba ipsa facti et petitionis: unde et a tritico triticiaria dicta est. Hic vero non jam facti ut prius, sed juris inscitia in istis deprehenditur. Nam si formulam judicii intelligunt, quæ tum agenti data sit, nihil ad rem pertinet: hic enim non de unius judicii formula, sed de genere toto actionis componendo agi-
tur. † Sin intelligunt formulam actionis, qua 11
in omnibus caussis ejus generis homines uterentur; falsum est formulam hujusmodi ex petitione esse profectam: falsum de tritico solo compositam, seu in ea solius tritici mentionem factam esse. Primum verum non est formulam actionis ex petitione nasci; sed contra prius concipitur formula actionis generalis a prudentibus, qua deinde homines judicio experiantur; nam ut posterius sit jus, quam id, quod jure tribuitur, idest, actio, absurdum est. Idque est, quod a Pomponio dicitur, compositas esse initio actiones quas certas solemnesque esse voluerint, quibus deinde homines inter se disceptarent, ne populus prout vellet, eas institueret: *L. 2. §. his legibus, vers. deinde, supr. de or. jur.* Tum autem ut formula actionis triticiariæ petitionem triticiariam sequuta esset: tamen falsum est formulam de tritico compositam esse; falsum in ea solius tritici mentionem esse factam. Idque et ratio, et usus juris ma-
nifeste convincunt. † Ratio quidem certe. 12
Cum enim de genere actionis componendo ageretur: formula in res omnes ei actioni subjectas componenda fuit, non in speciem aliquam ex innumeris: ut sciretur formulam componi, quæ competeret non de una illa specie, sed de omnibus, et simul de quibus

competeret, intelligeretur. Alioqui ut nomen actionis, sic et formulæ ineptum esset ad rem exprimendam. In usu autem juris non componi formulam, appellarive ex re una aliqua, quæ aliquando petita sit, aut nunc petatur ea actione, sed exprimi rem eo verbo quod res omnes ejus actionis proprias contineat, exemplo est formula hypothecaria. Sic enim appellatur aut actio hypothecaria, aut formula, quæ hanc actionem continet: ad quam formulam Cajus et Marcianus scripsere, ut indicant inscriptiones *L.* 4. *et* 5. et earum aliquot, quæ his auctoribus tribuuntur *infr. de pignor.* Negari non potest, eum qui primus egit actione hypothecaria, egisse non generaliter et infinite de hypotheca, sed specialiter de fundo, aut aliis rebus certis pignori datis. At videmus formulam inde compositam non appellatam ex illis speciebus, sed conceptam de genere toto: unde et nomine generis appellata sit hypothecaria. Hinc et formula vulgaris dicta tum de formula, tum de actione quæ formula comprehensa est, in *L. si servus*, 42, *infr. de fur.* Vulgaris non alia de caussa, quam quod ita composita est, ut vulgo parata sit omnibus agere volentibus ad eas res, quæ ea actione petuntur: proinde et talis, qua vulgo et sine 13 discrimine ad eas res utantur. † Quod si de nomine actionum ipsarum quærimus, ut hic de actione triticiaria, non de triticiaria formula agitur: licet hoc idem multo magis in omnibus actionibus animadvertere, quibus ex re petita nomen est. Sumantur exempli gratia, actio commodati, depositi, pigneratitia, empti, locati. Quis est tam imperitus rerum aut juris, qui nesciat omnes, qui aliqua harum actionum primi egerunt, de re aliqua certa egisse, quam a se commodatam, depositam, pignori datam, emptam, aut locatam dicerent. Nulla tamen ex his nomen accepit ex ea re, quæ primo petita est; merito quia sic nomen rei non conveniret: sed ut generaliter ad res omnes commodatas, depositas, pigneratitias, emptas pertinebant. Ita generale nomen quæsitum est, quo res omnes continerentur. Quod et in triticiaria tum formula tum actione factum esse ambigi non debet, certa ratione nominum et perpetuo usu juris ubique id comprobante.

Desinamus igitur adversus ea Græcorum istorum nescio quorum auctoritate in hac re uti, quos videmus confidenter quidem, attamen tam nugatorie tamque imperite ad re ignota scripsisse; statuamusque quod initio posuimus, cum actio hæc non magis sit de tritico, quam de aliis rebus omnibus; non modo non convenire optimorum auctorum usui atque prudentiæ, sed etiam plane absurdum esse, hanc appellare a tritico; nomine non magis congruente, quam si ab equo equina, a bove bubula, ab asino denique asinaria appellaretur; quod tamen pariter facere licuit, cum de his rebus non minus competeret. Discamus etiam nihil ad actionem a re aliqua nominandam facere initium ejus rei petitæ; quia neque ex hac petitione formula actionis nascitur; nec si nasceretur, concipi aliter debet, aut in usu juris solet, quam ut tota actio ea formula exprimatur. † Illud fortasse esset probabi- 14 lius, si diceretur primum in edicto propositam fuisse actionem de tritico solo; unde et initio recte dicta sit triticiaria: post deinde translatam esse actionem, ad res ceteras, quæ incertam æstimationem haberent. Ut in Serviana actione factum scimus, quæ de invectis et illatis in ædes conductas pignoris jure persequendis edicto proposita, tandem porrecta est ad res omnes alias pignori obligatas. §. *item Serviana, Inst. de act.* Unde evenit, ut res postea mutata sit, quæ fuerat initio, nomen tamen manserit. Sed ne hoc quidem dici potest. Nam hoc modo ea quæ competeret de tritico, diceretur absolute triticiaria: quæ autem esset de cæteris rebus diceretur quasi triticiaria aut triticiaria utilis, ut in eadem illa actione Serviana observari constat. Quæ enim de invectis et illatis est, dicitur Serviana; quæ de aliis pignoribus et hypothecis, quasi Serviana. *d.* §. *item Serviana. Inst. de act.* hæc eadem Serviana utilis in *L.* 1. §. *cum prædium, infr. de pig.* Nunc autem non modo nusquam legimus utilis triticiariæ, aut quasi triticiariæ nomen; sed etiam Triticiaria, quæ absolute et proprie ita dicitur, ex æquo tribuitur rebus omnibus in *L.* 1. *hic*, idest, quæ tritico eadem et cæteris; sic enim Ulpiani definitio est. Et generaliter dicendum est omnes res per hanc actionem peti præter pecuniam numeratam. Observandum et illud, tunc actionis de certis rebus comparatæ nomen ad alias quoque res transferri posse, cum nomen est ab auctore, ut in eadem Serviana accidit, quæ ab invectis et illatis tacite pignori obligatis translata est ad alias hypothecas; sic enim nomen actionis natura sua omnibus rebus convenire potest, cum nihil prohibeat, quominus qui voluit de quibusdam rebus actionem Servianam, exempli gratia competere, voluerit et eam competere de aliis similibus, ut nihilominus ex sententia auctoris recte in omnibus dicatur Serviana. At cum actio ex re petita appellatur, quia nomen certo ge-

neri rerum tribuitur, id in his rebus manet, nec transfertur postea ad alias: quia nec potest, cum alii generi non conveniat, repugnante verbi significatione. Indicio est illa eadem Serviana, cum ex hypotheca, idest, ex re de qua competit, nomen sumitur, diciturque hypothecaria. Hæc enim sic competit de omnibus pignoribus et hypothecis, quod nomen significat, ut constet de his rebus, quæ pignori obligatæ non sunt, competere non posse: quia in eas, quæ hypothecæ non sunt, hypothecariæ nomen non

15 cadat, *d.* §. *item Serviana, de act.* † Quod cum satis effectum sit, triticiariam actionem a tritico dictam non esse, nec nisi absurde dici posse: sequitur, non ut jam probabiliter existimetur dictam esse a Triticio, exemplo Publicianæ quod nostri putant; sed etiam necesse sit ita existimari. Cum enim inter omnes conveniat, aut ab auctore eam dici, aut a re petita, idest, tritico: si a tritico dicta non est, relinquitur, ut sit nomen ab auctore. Hunc autem fuisse intelligimus, cui nomen esset Triticius, non Triticus: unde et Triticiaria appellata sit, non Triticaria, quia more Romano de persona dicitur Triticius, ut Fabricius, Porcius; non Fabricus, Porcus, vel Triticus. Idque eo magis probandum est, quia et inscriptio hujus tituli est, *De condictione Triticiaria*: et hanc appellationem ubique retinuerunt Græci interpretes, etiam tunc cum scribunt hanc actionem a tritico dictam esse; magno argumento et illos ubique sub hoc titulo ita legisse. Qui sicubi legissent triticariam, non dubium, quin hanc vocem prætulissent, ut origine ad triticum proprius accedentem, eoque et convenientem iis, qui actionem a tritico dici vellent. Ita cum in Pand. Florentinis in *L.* 1. legatur *triticiaria condictio*: hic potius vitium scripturæ agnoscendum est, et emendandum ex inscriptione, quæ in iisdem Pandectis est, ut restituatur triticiaria; quam inscriptio ex eo loco mutanda. Et cur metuamus in hoc verbo id mendum levius agnoscere in Pand. Florentinis cum in iisdem Pandectis in extremo ejusdem *L.* 1. ita legatur, VEL VI MOBILI ABRECTA: ubi constat pro vi legendum esse *re*? neque enim vis mobilis eripitur, sed res mobilis eripitur vi.

16 SED † DE VERBO PLUS SATIS. De re et actione ipsa, qualis sit, quod sequitur, jam videamus. Et breviter condictio Triticiaria hujusmodi actio est. Rebus de quibus competit, differt a condictione certi; aliis attributis adeo similis, ut quæ de illa diximus ad *L. certi, supr. si cert. pet.* hic congruant omnia. Quibus de rebus hæc actio competat, quidque in eo distet a certi condictione, declaratur in *L.* 1. *et* 2. *infr. eod.* quamobrem ibi dicemus. Reliqua, quia nusquam attinguntur ex professo sub hoc titulo, hic exponam. Sunt autem hæc, quæ ut in aliis actionibus, sic et in hac in conditione actionis maxime quærantur. Qua ex caussa competat hæc condictio, quibus detur et adversus quos; stricti juris sit, an arbitraria, quoniam et de hoc dubitandum est. In quibus puto omnia cum certi condictione ita esse communia, ut plane sint eadem. Competit certi condictio non proprie ex una aliqua caussa certa, sed indefinite ex omni caussa et obligatione, ex qua jure certum debetur, et peti potest. *L. certi. supr. si cert. pet.* ut proinde specialem caussam agendi, et sæpe specialem actionem esse oporteat prius, quam in condictioni certi sit locus. Eadem caussa est et Triticiariæ condictionis. Si qua sit specialis caussa, puta contractus, aut maleficium; si qua inde obligatio jure constituta, unde agi possit; illinc erit condictio triticiaria, quæcunque illa caussa aut obligatio fuerit; dum non agatur de pecunia numerata, de qua hæc actio non competit. Extra eas caussas nulla est hæc condictio. Proinde earum caussarum cognitio aliunde huc afferenda est. Atque hanc communem caussam esse hujus actionis probat, quod Ulpianus in *L.* 1. §. 1. tractans, num per hanc actionem res nostra peti possit, rem ad privatas et speciales actiones revocat, et ait, non posse peti, *nisi caussis, ex quibus potest*: intellige, *potest* non hac actione, cum hoc ipsum adhuc incertum esset, ex quibus caussis posset hac actione agi: sed *potest*, nempe aliis propriis et specialibus actionibus de re nostra prodita. Et ideo eas caussas subiicit: *veluti*, inquit, *ex caussa furtiva; aut re mobili abrepta*; aut si quis de fundo vi dejectus sit. Ex his caussis res nostra et sine hac condictione jure peti potest, propriis actionibus in eam rem comparatis, de re quidem furtiva condictione furtiva: de re autem vi occupata interdicto unde vi, seu actione in factum ex ea caussa. Ita innuit condictionis triticiariæ nullas esse proprias caussas, sed si quæ sint, ex quibus privatæ et propriæ actiones constitutæ sint, easdem et caussas esse hujus condictionis, ut ea agi possit: si privatæ caussæ hujusmodi nullæ sunt, nec hac actione agi posse. Nam quod in una specie rerum dicitur, id par ratio facit, ut pertineat ad omnes. Quapropter exemplum sequuti definitionis ejus, quæ de condictione certi traditur in *d. L. certi, supr. si cert. pet.* etiam de

quo efficitur nec propositam esse actionem rei debitæ æstimandæ caussa, aut re petita posse judicem in hac actione rem arbitrio suo æstimare. Sane et in hac actione interdum res petita æstimatur: unde quæstio *L.*, 3. *hic.* in hac actione cujus temporis æstimationem res petita recipiat. Sed necessitate rei cogente, non actionis natura. Id enim tunc fit, cum aliter res præstari recte non potest, ut ibi patebit. At ubi res debita exstat, et potest integra præstari: ut ipsa petitur hac actione juxta definitionem Ulpiani, ita consequens est et condemnationem in hanc fieri, non in æstimationem. *d. L. ult. C. de fid. lib.* Ita fit, ut semper natura sua hæc actio non sit de re æstimanda: non ea, in qua judex rem æstimet, nedum æstimet arbitrio suo.

Illa vero collectio cujusmodi est: quia in hac actione rem æstimet judex arbitrio suo,
19 ideo actionem esse arbitrariam? ✝ An statim arbitraria, in qua judex rem æstimat? Id vero longe aliter se habet. Nam quomodo res æstimatur in hac actione in specie *L.* 3. et in specie *L. ult. hoc tit.* Quo item modo in his ipsis locis quæritur, cujus temporis æstimatio fiat: eodem modo et rem æstimari, et de æstimatione quæri ac circa easdem species legimus in aliis actionibus, quas constat maxime esse stricti juris: neque propterea illæ actionis stricti juris esse desinunt. Qualis est actio ex testamento, aut ex stipulatu? omnium confessione stricti juris, ut et declaratur in *L. in actionibus, vers. plane* juncta *L. alias seq. supr. de in lit. jur.* At Sticho legato aut promissio post moram debitoris mortuo, quia res adhuc debetur, sed corpus ipsum præstari non potest, ideo illis actionibus æstimatio præstatur: et in his judicem rem æstimare, etsi per se satis intelligitur, tamen ne quis dubitet, diserte scriptum est in *d. L. in actionibus. vers. plane. de in lit. jur.* Qualis est conditio furtiva? Et ipsa stricti juris, non arbitraria, ut in qua res nostra petatur, non ut nostra, sed ut nobis debita, et quam nobis dari oporteat. §. *sic itaque. Inst. de act.* At re furtiva perempta pariter et in ea actione præstatur æstimatio, neque aliter quæritur cujus temporis æstimatio fiat, aut aliter de eo statuitur, quam in hac actione. *L. in re, in pr. et* §. 1. *supr. de cond. fur.* Conferatur cum eo loco *L.* 3. *h. t.* similia omnia reperientur. Qualis denique condictio certi ex mutui caussa? Non minus et hæc omnium consensu stricti juris, quæ non numeratur inter actiones bonæ fidei, aut arbitrarias, neque ad earum definitiones pertinet, ut patet ex §. *actionum autem, et* §. *præterea. Inst. de act.* At in ea atione vinum petitum, quod mutuo datum erat, non aliter æstimari dicitur in *L. vinum. supr. si cert. pet.* quam æstimari legimus in *L. ult. hoc tit.* et quidem ita, ut utrobique judex et temporis et loci pariter rationem habeat. Quare qui in qua actione judex rem æstimat, et loci ac temporis rationem habet, ideo eam actionem arbitrariam dicit: is aut negat rem ita æstimari in superioribus actionibus, aut eas actiones stricti juris esse non putat: aut quæ sunt stricti juris, easdem quoque putat esse arbitrarias: quæ omnia manifesto jure refelluntur. Duo quidem priora satis ex iis quæ modo diximus. Tertium vero ex eo, quod arbitrariæ actiones, tertium genus statuitur apud Justinianum distinctum ab actionibus bonæ fidei, et stricti juris. §. *actionum autem, et* §. *præterea. Inst. de act.* In actionibus quidem arbitrariis res quæ periit, a judice æstimatur, ut in actione, quod metus caussa. *L. item si cum.* §. *hæc autem.* §. *pro eo autem, supr. quod met. caus.* Sed non ideo in quibus res perempta æstimatur, omnes arbitrariæ. Nam et in actionibus bonæ fidei maxime huic ipsi æstimationi locus est: *L.* 3. §. *ult. infr. de act. em.* neque ideo aut hæc condictio triticiaria, aut aliæ in quibus eadem æstimatio servatur, sunt bonæ fidei. Huic tamen opinioni videtur jam olim apud doctos quosdam viros, longe quam isti, attentiores caussam dedisse difficultas *L.* 3. *hic*: cui cum multa viderentur adversari, nec haberent aliud, quo illa expedirent, eo confugerunt, ut dicerent, hanc actionem esse arbitrariam: cui proinde ut pro arbitrariarum natura plus tributum sit in eadem re, quam cæteris actionibus. Hoc quidem est aliquid, et admitti posse, putarem, si in *d. L.* 3. statueretur quid in condictione triticiaria, cum de hominis petiti æstimatione quæritur, diversum ab eo, quod in eodem genere servatur in actionibus reliquis. Sed si omnia in jure petitoris et exitu judicii cum aliis judiciis consentiunt: non necesse est fingere de hac actione, quod non probatur, ut eam repugnantiam tollas, quæ nulla est. De quo illic commodius.

Ad L. *Qui certam pecuniam.* 1.

Ulpianus *lib.* 27. *ad Edictum.*

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *Si certum petatur:* qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc condictionem peti, si quæ sint, præter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, et si vectigalis sit, sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque prædiorum.

S U M M A R I A.

1. *Triticiaria pecuniam admittit natura sua, et natura pecuniæ.*
2. *Pecuniam arbitraria actione peti posse.*
3. *Arbitrariam actionem esse posse, etiam in qua res petita non æstimetur.*
4. *Triticiaria cur de pecunia non sit proposita, voluntate sola proponentis factum.*
5. *Voluntati caussam dedit occasio, et quæ.*
6. L. 1. in pr. hic. *explicatur.*
7. *Triticiaria de rebus omnibus, sola pecunia numerata excepta.*
8. *Certi condictio non tantum de pecunia numerata certa, sed et de rebus aliis omnibus certis.*
9. *Triticiaria a certi condictione in rebus petitis quid differat.*
10. *Post generalem definitionem, Triticiariam competere de rebus omnibus, quid opus fuerit speciali quarundam rerum enumeratione hoc loco.*
11. *Triticiaria edicto proposita infinite de rebus, quæ incertam æstimationem habent: et quæ res his verbis contineantur.*

LOCUS est de rebus, quæ condictione triticiaria peti possunt: in quo complectitur Ulpianus, non tantum quæ peti possint, sed etiam nominatim quæ non possint, et in summa quibus de rebus hæc actio competat, aut non competat. Ac primum de quibus, seu potius de qua non competat. In hac caussa esse dicit pecuniam numeratam, quam significat hac actione peti non posse, non solum cum dicit eam peti illa actione, SI CERTUM PETETUR, idest, certi condictione, per adversativam autem subjicit, condictione triticiaria peti res cæteras: sed tum apertius, cum definit, *per hanc actionem peti res alias præter pecuniam numeratam.* Sed ut hæc peti hac actione non potest: ita ex iisdem verbis apparet solam esse eam, de qua hæc condictio non competat. Quæsitum ergo est, cur ex omnibus exeipiatur pecunia numerata, et sola. Equidem dederim caussam aliquam fuisse, quæ prætorem moveret, ut videretur ei hanc actionem proponere de aliis rebus omnibus; de pecunia numerata non item; ne temere id factum existimetur, ubi nulla omnino excipiendi caussa fuerit. Sed quæcunque fuerit hæc caussa, idem dico, hanc potius occasionem fuisse, quam ullam rei aut juris necessitatem. † 1 Nam neque rei petitæ, neque actionis natura prohibet, quominus et de pecunia numerata hæc actio recte detur. Non rei omnino. Nihil est enim in pecunia numerata, quod non etiam cernatur in rebus aliis, quæ petuntur hac actione. Pecunia res mobilis est: et de mobilibus aliis omnibus hæc actio competit. Pecunia quantitate constat; constant et illæ, quæ pondere mensurave consistunt, de quibus non minus hæc actio competit. Pecunia res certa est: et de certis aliis rebus omnibus hæc actio locum habet: quæ omnia infra subjiciuntur. Pecunia quidem triticum non est; sed nec res aliæ, de quibus tamen omnibus hæc actio comparata est: ut quamvis quis putet hanc actionem a tritico dici, nihil tamen origo nominis obstet, quominus detur actio et de pecunia numerata. Sane inter pecuniam et res cæteras hoc

interest, quod pecunia certam æstimationem habet; cæteræ incertam, aut certe inconstantem, etiam si per se certæ sint. Sed nihil ad rem facit hæc æstimatio, ut propterea pecuniæ numeratæ hæc actio denegari debeat: quoniam hac actione res petitur, non æstimatio, ut hic Ulpiani definitio est. Atque ut pecuniæ natura hanc actionem non repudiat, sic nec natura ipsius actionis. Diximus triticiariam esse stricti juris, quæ non numeretur inter actiones bonæ fidei, aut arbitrarias in *§ actionum autem, et §. præterea, Inst. de act.* Et quis ignorat actione stricti juris pecuniam numeratam peti posse? peti potest ex legati caussa, cum legata est; ex caussa mutui, cum mutuo data est; ex stipulatu, cum est in stipulatum deducta: ex quibus omnibus caussis stricti juris actio est. *L. in actionibus, vers. plane, juncta L. alias, supr. de in lit. jur.* Ac demus etiam, si placet, actionem esse arbitrariam. An ideo hac actione pecuniam numerata peti non potest? Sane vero hanc caussam quidam putant, cur non possit: quia et actio arbitraria sit, et in actione arbitraria judex rem quæ petitur, æstimet; pecunia non æstimatur, sed ipsa æstimet res cæteras. Si verum dicendum est: plane pudendum utrumque, et quod arbitraria actione pecuniam numeratam posse peti negant, et quod addunt, judicem in arbitraria actione rem petitam æstimare: quasi non sit arbitraria, in qua res petita non æstimetur. Ad quæ convincenda unum exemplum notissimi juris sufficiet in actione, de eo quod certo loco
2 promissum est. † Hæc actio certo jure arbitraria est, nec quisquam de eo ambigit. *§. præterea, §. loco Inst. de act, L. 2. in pr. infr. de eo quod cert. loc.* Atqui hanc actionem non minus competere de pecunia numerata, quam de vino, oleo, frumento, et similibus rebus, nemo ignorare potest, nisi qui ignorat jus diserte scriptum in *L. 3. eod. tit. de eo, quod cert. loc. et §. loco, Inst. de act.* Ergo et arbitraria actione pecunia numerata
3 peti potest. † Sed et illud, lecta *ead. L. 3 et d. §. loco.* quis nescit, in ea actione pecuniam numeratam non æstimari, et nihilominus actionem esse arbitrariam? quippe ut illic declaratur, æstimatur utilitas loci ejus, in quo pecunia solvi potuit: quæ utilitas æstimatur, ut pecunia numerata in eo cadat, quod pecuniæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris inveniuntur: et hactenus ea actio refertur in arbitrium judicis. *d. L. 3. de eo quod cert. loc.* Quare verum est, sive Triticiariam stricti juris esse dixerimus, sive arbitrariam: nihil tamen naturam actionis prohibere, quominus actio et in pecuniam
numeratam cadere potuerit. † Ex quo efficitur, 4
quod de ea re non competit, una voluntate prætoris hanc actionem proponentis factum esse, non alia necessaria aut urgente de caussa; ut qui et de pecunia numerata eam proponere potuerit, nec minus juste, cum pariter de pecunia debita ageretur, nec minus consentiente actionis natura. Et cur in hac actione id non admittamus, cum videamus et in edicto de certi condictione ex eadem voluntate prætoris pendere, quod condictionem de certis potius rebus proposuit, quam de incertis? nam profecto res incertas non minus deberi, et jure peti posse constat,
quam certas. † Sed ut res in se rationem ju- 5
ris nullam habuit, quæ prætorem ita facere cogeret: ita occasionem, cur ita faceret, habuit. Atque ex hujusmodi occasione hæc distinctio rerum nata est. Occasio autem ex eo, quod in utraque actione instituenda sibi propositum habuit. Illic propositum erat prætori ex mutui caussa proponere certi condictionem. Ex hoc initio processit longius, ac per eam occasionem proposuit et ex illa caussa nominatim, et generaliter ex omni alia, ex qua itidem certum peteretur. In hac autem actione cum sibi proposuisset prætor actionem comparare de incertis rebus, quæ actio post condictionem certi adhuc deerat: ex eo caussam cœpit eam actionem paulo generalius proponendi de rebus omnibus, quæ in se incerti quid haberent. In quo numero cum essent res omnes aliæ præter pecuniam numeratam: ideo instituto serviens priores illas complexus est, pecuniam numeratam omisit. De quo mox plura, cum ad alias res ventum erit, quæ in hanc actionem cadunt, quarum tractatio apud Ulpianus hujus rei explicationem certiorem desideret.

† Redeo ad pecuniam numeratam. Quæ 6
postquam ex edicto hac conditione peti non potest, quæreret aliquis, qua ergo actione possit. Et id obiter interserit Ulpianus Initio, atque eam peti illa actione, SI CERTUM PETETUR: idest, certi condictione; de quo verbo diximus initio tituli. *Si certum, pet. supr.* Definitio autem expendenda est. Ait: *qui certam pecuniam numeratam petit.* Dixit *numeratam*, quia alioqui pecuniæ verbum generale est, res omnes continens, de quibus triticiaria pariter et condictione certi uti possumus: de pecunia numerata: idest, de nummis non item. Addidit *certam*, uberioris explicationis caussa magis, quam necessario: quia pecunia numerata si jure petitur, non alia, quam certa potest accipi: sola enim peti potest ea, quæ certa est. Incertæ pecuniæ, idest, ejus cujus

numerus seu quantitas non exprimitur, nulla stipulatio, nulla obligatio est. *L. ita stipulatus.* 115. *in pr. infr. de verb. obl.* Proinde nulla petitio: quæ in actionibus in personam ex obligatione oritur. §. 1. *Inst. de act.* Ergo certam dixit, quia re vera in hanc solum cadit, ut condictione certi recte petatur; at non ita, ut incertam pecuniam removeret: quoniam de incerta dici non debet, hanc peti non posse certi condictione, sed peti omnino non posse: ut quæ neque ea actione peti possit, neque ulla alia. Ait, eum, qui certam pecuniam petit, uti *certi condictione.* Non recte definit, dixerit aliquis. Non enim solum ea condictione pecunia numerata, peti potest; sed et aliis non tantum multis, sed et magis negotii propriis: nempe specialibus innumeris, prout est caussa, ex qua pecunia debetur: ut mandati, negotiorum gestorum, ex vendito, locati et similibus. Quibus constitutis, si quæratur, qua actione pecunia numerata peti possit: hic de una certi condictione respondere non conveniat quæstioni propositæ; et si de ea sola actione intelligatur, falsa sit definitio. Et res ita habet: si quidem propositum esset hoc loco superius illud definire. Quod secus est. Definitio enim sic accipienda est, ut instituto loquentis conveniat. Agebat autem Ulpianus hoc loco de Triticiaria actione, tractabatque, quibus de rebus ea competeret, ut sequens oratio tota testatur. Hinc quærebatur, an generalis ea actio competerat etiam de pecunia numerata. Negat. Inde sequens quæstio, nullane ergo similis, et generalis de ea competeret? similis, inquam, et generalis, quia de generali instituebatur sermo. Respondet competere, in eaque re usum esse condictioni certi. Itaque sic definitio exaudienda est, quasi ita dictum esset sub conditione: si quis pecuniam numeratam petat, et velit in ea condictione aliqua generali uti, qualis est Triticiaria, de qua agitur: condictione certi utetur, non Triticiaria; non enim hic Triticiaria locum habet.

7 † Atque hæc res est, de qua hæc actio non competit. Sed ut dixi, res sola: cæteræ in ea caussa, ut hac actione peti possint. Sed an omnes? Et non aliud agit Ulpianus deinceps, neque hoc reliquo capite, neque sequenti, quam ut doceat omnes peti posse, cujuscunque generis sint sine exceptione, præter pecuniam numeratam. Id quod explicat primum generali definitione de omnibus concepta: deinde enumeratione specierum hujus generis, et maxime earum, de quibus major dubitatio esse potuit: ut si constet eas peti posse, nihil sit dubii, quin et possint omnes aliæ, ac proinde sine exceptione omnes, ut paulo ante definierat. Definitio per se patet: *et generaliter,* inquit, *dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quæ sint præter pecuniam numeratam.* Sic P. Florentinæ. In aliis exemplaribus veteribus legitur apertius, *omnes res peti, quæ sint præter pecuniam numeratam.* Quomodo legisse Accursium apparet ex glossa ad verbum. QUARE. sed utraque scriptura eandem sententiam habet, omnes peti posse: hæc enim oratio, *eas res, si quæ sint,* valet, si ullæ sint, seu quæcunque sint: id autem est, omnes. In specierum enumeratione omnes est complexus. Res enim aut corporales sunt, aut incorporales. Corporalium aliæ mobiles, aliæ soli. Condictione omnes aut certæ, aut incertæ. Ut intelligi possit nullas excipi, has omnes ait in hanc actionem cadere: et nominatim in rebus mobilibus cavet de his, quæ pondere, mensurave constant: ut de quibus dubitari posset præter cæteras, quia æque quantitate constarent, ut pecunia numerata. In rebus incorporalibus numerat non tantum usumfructum, et prædiorum servitutes, quod fit in hac lege; sed etiam possessionem, ubi de fundo dejectus est is, qui dominus non erat, quod fit in *L.* 2. Nam possessio etsi re ipsa facti est, *L.* 1. §. 1. *infr. de acq. poss.* tamen hoc mutuatur ex jure, et hactenus juris est, ut pro re quæ acquiri potest, habeatur. *L. possessio.* 49. *in pr. et* §. 1. *infr. eod. de acq. poss.* Nec ex rebus corporalibus excipit rem nostram: tantum monet, ut petatur ex his caussis, ex quibus res nostra condici potest, idest, peti actione in personam: quoniam actio Triticiaria condictio est. Potest autem res nostra condici, si mobilis est, ex caussa furtiva, aut rapina; si immobilis, ex hac caussa, si dominus vi dejectus sit. Hac *L.* §. *ult. et L. seq.* Nec minus incertas hac actione peti posse ostendit exemplo usufructus: hic enim incerta res est. *L. ubi,* §. *fundi. infr. de verb. obl.*

Et hæc de rebus, de quibus hæc actio competit, Ulpiani sententia est. Sed et transitus ejus ad hanc sententiam, et fusior hujus rei explicatio duplicem dubitationem afferunt: quæ hoc loco attingenda est. Transitus hic est: cum enim dixisset eum qui pecuniam numeratam petit, uti certi condictione: subjicit per adversativam, QUI AUTEM ALIAS RES, PER TRITICIARIAM CONDICTIONEM PETET. Ergo res alias per condictionem certi non petet, dicet aliquis. Hæc enim oratio adversativa est,

quæ in rebus subjectis negat, quod priore oratione continebatur. Prius autem dicebatur, de pecunia numerata competere certi condictionem. Proinde nunc in aliis rebus hanc Ulpianus competere negat. Unde quæstio, an, quemadmodum de aliis rebus competit condictio Triticiaria, ita competat hæc generalis sola, non etiam certi condictio, quatenus res aliæ certæ sunt.

8 ✝ Sed verum est et de aliis rebus certis competere certi condictionem. Declarat et actionis nomen, et *L. certi, supr. si cert. pet.* et ego ibi pluribus ostendi. Id hoc loco non mutat Ulpianus. Negat, fateor, in adversativa oratione, quod prius dixerat. Sed videndum, quid prius senserit. Et cum dixit, eum qui pecuniam numeratam petit, certi condictione uti: verbis quidem tantum dixit de certi condictione: sententia autem dixit, maxime de condictione Triticiaria, ut de qua sermo instituebatur; atque hoc voluit: certi condictione utitur, non autem hac Triticiaria, de qua nunc agimus. Hoc posterius mutat in rebus per adversativam subjectis. Non petitur pecunia numerata condictione Triticiaria, sed condictione certi; at alias res si quis petet per condictionem Triticiariam petet. Hoc recte: sic tamen, ut si de condictione certi quæratur, nihilominus alias res petere posse et per certi condictionem; sed de ea hic non agitur. Neque hæc adversativa particula prohibet: quoniam ut recte adversativa oratio subjiciatur, satis est, si præcedenti orationi adversetur in parte aliqua, etiam si non in omnibus: et maxime si adversetur in parte præcipua et ea re, de qua potissimum erat sermo ut in proposito.

9 ✝ Hinc jam intelligitur, quid distet Triticiaria a certi condictione: rebus enim quæ petuntur differre initio dixi; alioqui condictioni certi per omnia fere similem: ac de rebus jam intelligimus. Est autem in summa hoc discrimen. In rebus certis plus continet certi condictio; in incertis plus condictio Triticiaria. Rebus certis propositis, de his certi condictio competit, iisque omnibus. Triticiaria de certis quidem, sed excipitur pecunia numerata. In incertis contraria utriusque ratio. Illa enim de incertis nullo modo competit: nec potest, verbo *certi* adversante. At Triticiaria etiam de incertis, et quidem omnibus sine exceptione.

10 ✝ Fusior etiam hujus rei explicatio suam dubitationem habet. Nam cum generali et aperta definitione dixisset per Triticiariam condictionem res omnes peti: quorsum singularum specierum enumeratio, ut id demonstraret? an non supervacuo, cum qui dixit *omnes*, satis dixerit singulas, nec ullas excipi? Augetur dubitatio hoc modo. Aut enim cautum est edicto peti posse omnes, aut non est. Si cautum: quid pluribus verbis opus fuit in re non necessaria? Si cautum non est, sed tantum de uno aliquo genere rerum aut de certis: verum non est omnes res hac actione peti posse: cum certarum rerum expressio, de quibus hæc actio detur, cæteras excludat. Arg. *L. maritus, in fin. C. de proc.* Et esset supervacua hæc omnis explicatio, si aperte scriptum esset in edicto, prætorem hanc actionem de omnibus rebus daturum; præter pecuniam numeratam. Unde colligimus, cum in eo probando immoretur Ulpianus, de eo aperte in edicto cautum non esse. Neque rursum de certis generibus nominatim actionem propositam esse putandum est: sic enim, ut dixi, intelligeretur præter eam de aliis non dare: adversus quod facere non est interpretum juris, qualis fuit Ulpianus, quales Jurisconsulti omnes veteres. Quid ergo est? Nempe relinquitur tertium, ut statuamus propositam esse actionem, generaliter quidem de omnibus rebus; sed iis verbis, quæ explicationem desiderarent, et ex quibus magis colligeretur hoc jus interpretatione, quam his exprimeretur. Unde evenit, ut diligens ejus rei commonefactio necessaria fuerit: tantum abest, ut sit supervacua. Et quamvis Ulpianus definierit primo omnes res hac actione peti posse: tamen cum in ea non jus apertum poneret, sed suam, aut etiam aliorum veterum interpretationem, scivit non temere adhuc dubitari posse ex jure num sine distinctione rerum id probandum esset: ideo et de singulis generibus respondit, ne quem locum dubitationi relinqueret. Quæremus igitur, quibus verbis hoc edicto actio de rebus omnibus proponi potuerit, ut tamen aperto id non exprimeretur, et simul excluderetur pecunia numerata.

11 ✝ Et hæc accommodata fuisse reperio, ut ediceret prætor, se de *iis rebus quæ incertam æstimationem habent, actionem daturum*. Hæc enim verba *quæ incertam æstimationem habent*, aperte pecuniam numeratam non continent: cum nummorum certa sit æstimatio, *L. 3. sup. de in lit. jur.* Unde statim hoc pro certo sumptum est, pecuniam numeratam hac actione non peti. An cæteræ res omnes his verbis continerentur, dubitari potuit: quia neque verba id exprimunt, et videri possunt magis ad res incertas referri. Et verba sic accepta sunt: ut placeret his contineri res omnes extra pecuniam numeratam. Incertas quidem sine dubio, cujus generis est ususfru-

ctus, et possessio; sed nihilominus et certas, ut sunt species corporales tam mobiles,quam soli. Et recte: etsi enim in se certæ sunt, æstimatio tamen earum incerta, ut quæ pro conditione cujusque rei varietur. Quod si omnes hic continentur, dicendum fuit et actionem ex hoc edicto de omnibus competere, quantumvis quantitate, certitudine, aut aliis conditionibus pecuniæ numeratæ similes videri possent. Et tamen quia hoc ipsum dubium esse puterat propter rerum diversitatem: hinc non contentus Ulpianus definitione generali uti de omnibus, etiam singularum specierum enumeratione subjecta hanc dubitationem sustulit. Ac similibus quibusdam verbis propositam hanc actionem fuisse, quibus pecunia removeretur, etiam Bartolus sensit, et Guillelmus quidam de Cun. quem Bartolus in eo sequitur. Sed verbis usi sunt non ita ad eam rem accommodatis. Ut autem prætor hoc modo proponeret actionem, quo ita pecuniam numeratam exciperet, cæteras autem res omnes complectetur: fecit, ut ante dixi, non ulla necessitas rerum, aut actionis constitutæ, quæ cum cogeret; sed occasio, et propositum ejus ex condictione certi, ut verisimile est, natum. Nam cum certi condictio proposita esset, quam constat esse de rebus tantum certis: consentaneum est, exstitisse aliquem prætorem, qui indignum ratus de incertis deesse similem condictionem, edicto et de his condictionem proponere instituerit. Quod cum facere vellet, per occasionem visum est ei amplius edicto complecti, et proponere condictionem non de incertis rebus, sed de rebus omnibus incertæ æstimationis. Ex quorum verborum interpretatione deinde nata est superior rerum distinctio, de quibus competere aut non competere hæc actio dicitur. Si hæc aperte certa non sunt (nihil enim hic præter conjecturam habemus) sunt tamen rei, de qua agitur, et Ulpiani sententiæ atque tractationi adeo consentanea, ut iis recte positis, quæ hic traduntur videantur illa necessario præcedere debere; quoniam hæc ex illis efficiantur, nec videantur aliunde effici posse, ut constet ejus tractationis ratio.

Ad L. *Rem autem.*

Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex caussis ex quibus potest, veluti ex caussa furtiva, vel (re) mobili vi abrepta.

Ad L. *Sed et ei.* 2.

Idem *lib.* 9. *ad Sabinum.*

Sed et ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici, Sabinus scribit, et ita etiam Celsus. Sed ita, si dominus sit qui dejectus condicat. Cæterum si non sit, possessionem eum condicere, Celsus ait.

SUMMARIA.

1. *Rem nostram etiam immobilem certis ex caussis actionibus specialibus in personam, et Triticiaria peti posse, et quibus.*
2. *Possessio amissa quando condici possit.*
3. *Rem suam nemo condicere potest nisi furi, quomodo accipiendum.*

Dixit res omnes præter pecuniam numeratam, condictione Triticiaria peti posse. His verbis consequens erat etiam peti posse rem nostram. Num ergo et hæc peti potest? Et vere hoc consequens est; sed monet hoc ita esse, dum petatur hac actione, ut condictione, idest, actione in personam, qualis est hæc actio. Omnis enim condi-

ctio est actio in personam. *L. actionum infr. de obl. et act.* unde quando condici, idest, actione in personam peti possit, ostendit, docetque aliter eam hac actione peti non posse. ┼ Sic autem definit: Ex quibus caussis res nostra peti potest, ex iisdem caussis et per hanc actionem peti potest. Hoc sic accipe: ex quibus caussis peti potest, non actione in rem, de qua nunc non agitur; sed actione in personam, de qua sermo est, et ea actione quæ sit alia, quam Triticiaria, quoniam nunc de ea ambigitur: ut sit sensus: Ex quibus caussis res nostra peti potest propria et speciali actione in personam: ex iisdem. et Triticiaria actione peti poterit. Recte: hæc enim condictio concurrens; ut generalis, cum aliis specialibus condictionibus ex iisdem caussis nascatur, necesse est. Quibus ergo ex caussis speciali actione in personam peti potest res nostra? Et hoc explicat: nempe duabus: In re quidem mobili, si furto sublata, aut vi erepta sit; in re autem soli, si de possessione rei vi dejecti simus. Ex priore caussa constituta est specialis actio in personam. condictio furtiva; *§. ult. Inst. de ob. quæ ex del. nas. L. si pro fure. §. 1. supr. de cond. fur.* nam et de re vi erepta hæc actio competit. *L. sicut. §. ei qui, supr. de cond. fur. L. 2. §. pen. et ult. infr. vi bonor. raptor.* Ex posteriore interdictum, unde vi olim; *L. 1. infr. unde vi.* nunc actio utilis in personam ad exemplum interdicti. *L. ult. C. de interd. §. ult. Instit. eod.* Ex iisdem caussis et condictione Triticiaria de re nostra uti licebit. ┼ Hoc in re immobili interesse significat inter interdictum, seu actionem, qua loco interdicti agitur, et condictionem: quod omnis qui dejectus est, interdicto, seu actione ex caussa interdicti ad rem, vel possessionem recuperandam uti potest, sive sit dominus rei possessæ, sive non sit, idem in *L. 1. in pr. et §. dejicitur, L. colonus. infr. unde vi.* At condicere rem ipsam a qua quis dejectus est, nemo potest, nisi rei dominus. Qui dominus non fuit, condictione quidem uti poterit; sed ita, ut possessionem amissam condicat, non rem quam possedit. Quippe in hoc genere rerum ablatarum ita jus est, ut condictio rei ablatæ soli ei detur, cujus res fuit, quam condicit. Indicio est in rebus mobilibus condictio furtiva, quæ non alii quam domino competit. *L. 1. supr. de cond. fur.* Cæterum quibus ex caussis dominus rem suam condiceret, ex iisdem omnibus qui dominus non est, amissam rei alienæ possessionem recte condicet; ut si nummi alieni indebiti soluti sint condictio competit vel ut possessio reddatur. *L. indebiti. §. 1. supr. de cond. ind.* Hoc discrimen est, quod præcipue notatur in *L. 2. hic.* Sed ut ex his caussis potest quis petere rem suam per hanc actionem; ita ex aliis nemo petet, inquit Ulpianus: nempe, quia extra has caussas non potest res nostra peti, nisi ut nostra: quo modo non petitur, nisi actione in rem. *L. actionum, infr. de obl. et act. L. in rem, supr. de rei vind.* actio autem in rem non est condictio, sed toto genere distat a condictione. *d. L. actionum, de ob et act.* An non ergo falsum est, quod prius generaliter dixerat, res omnes hac actione peti posse? Minime: nam et res nostra omnis et semper hac actione peti potest; sed ita, dum meminerimus, ut ante sum præfatus, loqui nos de ea actione, quæ sit condictio, idest, actio in personam. Hujus generis actio de re nostra non nascitur, nisi ex superioribus caussis. ┼ Locus notandus de caussis, ex quibus res nostra condici potest: non ob id tantum, quod nusquam de his ex professo ita traditum legimus: sed ob hoc maxime, quod alibi idem Ulpianus scribit, proditum esse, neminem rem suam nisi furi condicere posse. *L. ult. supr. usuf. quem. ca.* Quod si generaliter accipitur, ut verba præ se ferunt: necesse est ita accipi, ut qui de fundo dejectus est, is eum fundum condicere non possit. Rei enim immobilis furtum non est, eoque nec fur, qui eam vi possidet. *§. quod autem, Inst. de usuc.* Hic autem docemur, etiam ei qui fundum nostrum nobis dejectis vi possidet, posse enm fundum condici. Neque idee superius illud ejusdem auctoris contrarium putandum est; sed ex hoc loco sumendum, quomodo illud interpretemur. Agebatur in *d. L. ult. usuf. quem. cav.* de vasis, quorum usufructus legatus est. Ait Ulpianus *ea fructuario tradita fructuarii non fieri, eaque vindicari a proprietario posse.* Subjicit, *videndum esse de condictione, an possit locum habere.* In quo palam est quæstionem poni de rei mobilis condictione. Respondet: *et proditum est, neminem suam,* nisi furi condicere posse. Poterant hæc verba, *rem suam,* generaliter accipi; sed possunt et hoc modo, ut responsio ad quæstionem de re mobili positam referatur: sitque hic sensus neminem nisi furi posse condicere rem suam. nempe talem. de qua quæritur, idest, mobilem. Nam immobiles etiam aliis quam furibus condicere possumus. Id vero ita faciendum esse hoc loco admonemur.

Ad L. *In hac actione*. 3.

Idem *lib.* 27. *ad Edictum.*

In hac actione si quæratur, res quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat: verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει q. d. latius secundum Celsum erit spectandum. Non enim debet novissimum vitæ tempus æstimari, ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur, in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus libro vicesimo scribit, habendam æstimationem, quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus moræ in his erit reducende æstimatio.

SUMMARIA.

1. *Species et summa responsi.*
2. *Triticiariom sic hoc loco intelligi, ut in omni actione sit locus huic responso.*
3. *In re tantum certa huic responso locum esse.*
4. *Re aliqua petita aut debita, quando in æstimationem ejus fiat condemnatio.*
5. *Condemnationis tempus in re æstimanda quando spectondum, et cur.*
6. *Mortis tempus quando spectandum, et cur.*
7. *Mortis tempus quomodo intelligendum.*
8. *et* 11. *Ad moræ tempus quando redigenda æstimatio: et hoc quid sit, et* n. 11.
9. *Præsentem æstimotionem considerondam, quid sit id* L. fundum. D. de novat.
10. *Post moram rem certam æstimari, quanti plurimi ex illo fuit.*
12. L. ult. de cond. trit. *explicatur.*
13. *Rei certæ, et incertæ æstimotio ad alia atque alia tempore refertur.*
14. *In judiciis bonæ fidei, ubi de rei certæ vera æstimatione ogatur, non tempus rei judicandæ specturi, sed tempus moræ, quo res plurimi fuit.*
15. *In strictis et tempus moræ spectari, non litis contestatæ.*
16. §. in hac. L. 3. commod. *prior pors de bonæ fidei judicus explicatur.*
17. *Rei judicandæ tempus, quanti res sit, in bonæ fidei judiciis observatur, cum æstimatur res jurejurando in litem, non cum de vera æstimotione agitur, et differentiæ ratio.*
18. §. in hac, L. 3. commod. *posterior pars de strictis judiciis explicatur.*
19. §. in hac, L. 3. commod. *summa sententia, ex qua appareat eum locum non pugnare cum* L. 3. de cond. trit.
20. L. hominem, mand. *summa apta ad conciliationem.*
21. L. hominem, *prior pars explicata, et ut nihil adversetur* L. 3. de cond. trit. *aut* L. 3. §. in hac, commod. L. vinum, si cer. pet.
22. *Fidejussori hominem promissum non solventi non homo solutus debetur sed ejus æstimotio.*
23. *Æstimatio in obligatione sit, an pro re debita ipsa præstetur, quid referat ad eam ex hoc aut illo tempore spectandom.*
24. *Æstimatio rei quocunque judicio in obligatione sit, debetur, et si res cujus illa æstimatio est, perierit, nec crescit quamvis res melior facta sit.*
25. L. hominem, *posterior pors exposita, et ut nihil adversus* L. 3. de cond. trit. *ac differentiæ ratio.*
26. *Notari interpretes posterius membrum.* L. hominem, *ad totam partem priorem referentes.*
27. *Deteriorem rem dondo liberatur. is cujus culpa deterior facta non est nec post*

ejus moram; et de locis contrariis.
28. *Deteriorem rem dando liberatur, qui talem scienti et ultro accipienti dedit; et de locis contrariis.*
29. *Deteriorem rem dando liberatur omnimodo, qui ex stipulatu debitam, sine dolo malo suo deteriorem dedit.*
30. L. exhibitionis, C. ad exhib. *explicata, et num.* 35.
31. *Deteriorem rem dando quando liberetur aut non liberetur debitor, definitio generalis.*
32. *Deteriorem rem dando qui non liberatur in bonæ fidei judiciis, ipso jure non liberatur: idem in actione ex testamento.*
33. *In strictis judiciis re deteriore data tollitur vetus actio, de dolo datur, et cur aliter atque in bonæ fidei judiciis.*
34. *Deterior res et eadem esse quæ prius, et alia diversis rationibus dici potest.*
35. *In Ad exhibendum actione re deteriore dolo aut culpa exhibita, tollitur actio ad exhibendum directa; datur in factum, idest, utilis ad exhibendum, unde hæc actio, et cur hic potius, quam in actione stricti juris.*
36. *In factum actio, et utilis, quid.*
37. *Quam ad rem tenentur, qui deteriore re reddita non liberatur.*

1 STICHUS mihi promissus, aut legatus erat, aut ex aliqua alia justa caussa mihi debebatur. Cum propria actione, quæ ex his caussis nascitur, eum petere possem, malui generali conditione experiri, non certi, sed Triticiaria, quæ et cum condictione certi, et cum illis specialibus jure tribuitur. Itaque ex hisdem caussis petens Triticiariam intendi. Cum res eo processisset, ut reus damnari deberet, æquitas autem rei ita ferret, ut damnandus esset non in corpus ipsum, sed in rei æstimationem, quod sæpe accidit: ideo de æstimatione quæsitum est: non quanta sit: quod non jure, sed hominum peritorum æstimatione constituitur: sed ex quo tempore sit spectanda: itidem ut in vino et aliis mercibus quæritur in *L. ult. seq. et L. vinum. supr. si cert. pet.* De quo inter omnes non convenit; ac quod tempus potissimum sequamur, permultum interest, cum non omnibus temporibus eadem esse soleat æstimatio. Respondet Ulpianus ad hanc distinctionem; referre, utrum species quæ petita est, deterior facta non sit post moram, sed dum stetit, eodem statu, eademque æstimatione manserit; an vero contra facta sit deterior. Si deterior non fuit. Si quidem adhuc exstat tempore rei judicandæ, id tempus spectandum, et ut loquitur, spectandum tempus condemnationis. Si ante mortua est, spectandum tempus mortis. Quod si post moram res deterior facta sit: tum sive tempore condemnationis exstet, sive ante decesserit, redigendam æstimationem ad id tempus, quo primum deterior esse cœpit, ut id sumatur quo fuit plurimi. Cujus distinctionis summa huc redit; ut semper species petita, si æstimanda est, tanti æstimanda sit, quanti plurimi fuit post moram. Nam et tempore condemnationis, et tempore mortis plurimi eam fuisse necesse est, si ante deterior non fuit.

Nunc partes singulas responsi diligentius expendemus.

† AIT. IN HAC ACTIONE: nempe condictione Triticiaria, de qua hoc titulo agitur et de qua Ulpianus disserebat. *Lib.* 27. *ad edictum*, ut indicat inscriptio, *L.* 1. *hic*, ex quo libro est et hoc responsum. An ergo hic aliquid proprium hujus actionis? Nihil ut proinde non sit laborandum, quam hic actionem intelligamus, utrum ex testamento an ex stipulatu, an Triticiariam: ac ne illud quidem, utrum actio sit stricti juris, ut superiores, an bonæ fidei, ut commodati, aut depositi. In omnibus eadem definitio tenenda est in specie petita eadem tempora spectari, quæ hoc loco, et iisdem conditionibus, cum de æstimatione rei quæritur: quia in omnibus eadem æquitas est, quæ facit, ne cui frustratio sua sit impunita. *L. hominem infr. mand. L. in condemnatione, § unicuique, infr. de reg. jur.* Quod ergo dixit, in hac actione, aut exempli caussa dixit, ut in omnibus aliis in eadem caussa idem intelligeremus; aut dixit, ut significaret etiam in hac actione, cum posset dubitari, an quod in specialibus actionibus juris est de æstimatione rei petitæ, idem esset et in hac generali. 2

AIT. SI QUÆRATUR, RES QUÆ PETITA EST.) † Generaliter hoc de re omni quæsitum est, non magis ut pertineat ad rem certam, quam ad eas, quæ pondere, aut mensura constant, quæve alioqui in genere debentur. Sed responsum declarat, Ulpianum verbo de rebus omnibus quæsisse; re autem de specie et re certa petita sensisse. Certe utcunque accipiatur quæstio: ipsum responsum ad speciem et rem certam totum relatum est, nec potest alii convenire. Loquitur enim de re quæ in rebus humanis esse desiit: quæ mortua est: quæ facta est deterior. Quæ in rem certam cadunt omnia: in incertam idest 3

in genus non radunt. Id enim neque perire potest, neque deterius fieri. *L. in ratione*, §. *incertæ. infr. ad leg. Fal.* Hoc eo monemus, ne mirum sit, Ulpianum hoc loco dicere alia tempora esse spectanda, quam quæ in vino petito æstimando, et similibus mercibus, quæ in genere debentur spectanda esse dicuntur in *L. ult. infr.* et *L. vinum. supr. si cert. pet.* Respondetur enim hic de re certa; in illis locis de genere agitur. Aliam æstimationem species debita, aliam genus postulat, ut in singulis partibus responsi intelligetur, et jam ante docuimus ad *d. L. vinum. supr. si cert. pet.*

AIT, SI QUÆRATUR, RES QUÆ PETITA EST, CUJUS TEMPORIS ÆSTIMA-
4 TIONEM RECIPIAT.) † Non recte vero hoc quæritur, dicat quispiam. Cum enim res petita sit, ut proponitur: in rem ipsam condemnationem fieri oportuit, non in rei æstimationem. *L. ult. C. de fid. lib. L. ut fundus supr. com. di.* Stulte autem quæritur, cujus temporis æstimatio spectanda sit, si æstimatio omnino præstanda non est. Respondeo idem, quod in *L. vinum. supr. si cert. pet.* semper in rem petitam condemnationem fieri oportere, nisi necesse sit fieri in æstimationem, ut creditor suum consequatur. Quod in specie petita tribus de caussis accidit; vel quia debitor rem quamvis exstantem in potestate non habeat. *L. si domus*, 71. §. *qui confitetur, infr. de legat.* 1. vel quia res ipsa non exstet: *L. in re, supr. de cond. fur.* Vel quia exstet quidem et apud eum, sed deterior facta post moram. *d. L. in re*, §. 1. *supr. de cond. fur.* Et ad hos casus responsum Ulpiani accommodatum est, ac de singulis isto ipso ordine respondet.

AIT IGITUR. VERIUS EST, QUOD SERVIUS AIT, CONDEMNATIONIS TEMPUS
5 SPECTANDUM. † Hoc etsi simpliciter nunc dicit Ulpianus: tamen ex sequentibus sic vult intelligi, si res petita eo tempore exstabit, nec ante deterior facta erit. Subjicit enim per adversativam: *si desierit esse in rebus humanis, mortis tempus spectandum:* et in utroque, si post moram deterior facta sit ad tempus moræ redigendam æstimationem: ut intelligamus non aliter spectandum tempus condemnationis, quod nunc dicit, quam si hæc duo posteriora contra evenerint. Aliter interpretantibus non solum sententia per se falsa erit, sed etiam cum aliis partibus responsi aperte pugnabit. Sed videamus, ne dum hanc partem cum sequentibus conciliare volumus, in aliam reprehensionem ex aliis locis incidat, dum re exstante nec deteriore facta tempore condemnationis, ejus temporis æstimationem spectandam dicimus. Quid enim, re ita constituta, an non condemnatio in rem petitam esse debet, non in rei æstimationem? ex *L. ult. C. de fid. lib. et L. ut fundus, supr. com. divid.* Non semper. Fieri enim potest, ut res quamvis in rebus humanis integra, tamen a debitore præstari non possit, aut non debeat. Finge debitorem rem promissam, cujus dominus erat, alienasse, quam nunc novus dominus non vendat. Frustra damnetur debitor in rem ipsam, cujus præstatio non sit in ejus potestate. arg. *L. in re, in pr. supr. de cond. fur.* Finge etiam rem alienam ita legatam, ut heres eam redimat, et præstet: tamen si dominus non solum non vendat, sed etiam immodico vendat; placet heredem audiendum, si justam æstimationem officio judicis præstet. *L. si domus*, 71. §. *qui confitetur, infr. de legat*, 1. *L. non dubium*, 14. *ult. infr. de legat.* 3. Quibus casibus, et similibus locus fiet sententiæ hujus loci, ut si quæratur in hac caussa, cujus temporis æstimatio spectetur, recte respondeatur, condemnationis tempus esse spectandum. Sed cur hoc potius, quam præcedentia? quia ut maxime debitor in re præstanda prius moram fecerit: tamen si res antea condemnationem deterior non fuit necesse est tum fuerit plurimi, et maxime si eo tempore fuerit melior, quam præcedentibus temporibus; ut non necesse sit alia tempora requirere, cum præsens res tantidem fuerit. Quod si res perpetuo aliena fuit, puta aliena legata, quam heres redimere non potuit: hic propria ratione in re æstimanda præsens tempus condemnationis spectandum erit, non præcedentia: quia qualiscunque prius fuerit rei æstimatio; præcedentium temporum periculum ad heredem non pertinet: ut qui in re præstanda quam in potestate non habuit, moram non fecerit. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati infr. de ver. ob.* Sed videtur hic dici debuisse, quod aliis multis locis de actionibus stricti juris traditur, spectandum esse tempus litis contestatæ: nam et hæc actio stricti judicii est. Et cum hæc objectio non magis hanc partem petat, quam reliquas duas quæ sequuntur: de eo in extremo commodius dicemus, ut una opera semel dicatur, quod ad omnes distinctionis propositæ partes pertineat.

AIT, SI VERO IN REBUS HUMANIS
ESSE DESIERIT, MORTIS TEMPUS.) † 6
Hoc dicit, si res perierit, tanti eam æstimandam, quanti fuerit tempore mortis: nempe ut reus eam æstimationem præstet, in eamque a judice condemnetur. At cur eo

interitu non dicit potius reum liberari: cum ita jus sit, ut interitu ejus quod debetur liberetur debitor, si prius moram non fecerit? *L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* Quia toto hoc responso agitur, de eo reo, qui moram fecit: quæstio enim posita est de re hac actione, idest, judicio petita. Is moram facit, qui interpellatus opportuno loco et tempore, rem non præstat, et præsertim si etiam judicio secum agi passus est. *L. mora, infr. de usur. L. nemo rem, §. 1. infr. de verb. obl.* Non obstat, quod in extremo ita scribit: *in utroque autem si post moram deterior res facta sit.* Etsi enim his verbis aperte distinguitur ea pars ab hoc membro, et superiore: non tamen distinctio in eo est, quod in his duobus prioribus membris mora a debitore facta non sit in postremo autem facta sit; sed quod hactenus de ea re agatur, quæ ad tempus condemnationis deterioris facta non sit post moram, ad extremum autem de ea, quæ post moram facta sit deterior. Ergo et quod hic simpliciter dicitur, *si res desierit esse in rebus humanis, spectandum tempus mortis*, ex sequentibus illis verbis cum hac conditione accipiendum est: si ante mortem res deterior non fuerit. Hac vero conditione recte statuitur tempus mortis spectari debere. Nam insequentia tempora ideo spectanda non sunt ad rem æstimandam, quia nec possunt. Res enim illis temporibus nulla est, ut quæ ante esse desierit. Ejus autem rei quæ nota est, nulla potest esse æstimatio. Præcedentia ideo non spectamus, quia si per ea tempora res non fuit deterior, necesse est eam fuisse plurimi tempore mortis. Id autem volumus præ-
7 stari, quanti plurimi res fuit post moram. ÷ Sed vult tempus mortis secundum. Celsum spectandum esse, ut loquitur, ἐν πλάτει: idest, ut interpretatur, non ita, ut novissimum vitæ tempus æstimetur, quod valet, ut extremum illud momentum, quo res moritur, spectemus; sed ut mortem accipiamus cum aliquo spatio, et ut verbum significat, *latius:* nempe ut mortis tempus interpretemur illud tempus, ex quo res aut in morbum letalem incidit, aut mortifere vulnerata est. Et rationem reddit: ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur. Hoc sentit: si mortem strictius interpretamur momentum illud, quo servus, exempli gratia, debitus exspiravit, ut ex eo res æstimetur, fit actori summa injuria. Sic enim nec rem consequitur, quæ esse desiit; nec æstimationem, cum mortifere vulnerati exiguum sit, aut potius nullum pretium. Porro injuria fieri non debet; nec mora debitoris adversario, sed ipsi nocere. *L. in condemnatione, §. unicuique, L. factum, infr. de reg. jur.* Restat igitur, ut in hoc tempore mortis id momentum spectemus, quo res postremum plurimi fuit. Id autem est, quo servus aut incidit in morbum, aut vulnus accepit, unde postea sublatus est.

AIT, IN UTROQUE AUTEM.) Bene hoc, *in utroque*, sic Hugolinus in glossa accepit, sive res exstabit, sive in rebus humanis esse desierit: hos enim casus prius attigerat; quorum in priore tempus condemnationis, in altero tempus mortis spectandum esse dixerat. *In utroque autem*, inquit, *si res post moram deterior facta sit*, aliud tempus spectabimus, quam superiora, nimirum id *ex qua res deterior facta est.* Quod cum per adversativam subjicit, declarat, ut ante dixi, quæ de tempore condemnationis et mortis spectando prius dixerat, ea se sic interpretari, et ita accipi velle: si ante condemnationem aut mortem res deterior facta non erit. Est igitur hic sensus: quod diximus in re ex certo tempore æstimanda tempus condemnationis spectandum, ubi res adhuc exstat; cum autem in rebus humanis esse desiit, spectandum tempus mortis: utrumque sic accipiendum est: si ante condemnationem aut mortem res deterior facta non sit post moram. Quod si ante fuit deterior post moram: in utroque contra eveniet, ut habenda sit æstimatio, quanto deterior res facta est: idest, spectandum, quanti fuerit, antequam deterior facta est, ut id præstetur: et ideo quanti unquam plurimi fuerit, spectandum. Tanti autem rem æstimandam, quanti fuit prius quam deterior facta est, argumento esse vult, quod subjicit. *Et ideo*, inquit, *si quis post moram servum eluscatum dederit, non liberatur.* Hæc sententia in confesso erat, non liberari eum, qui rem debitam deteriorem factam post moram præstat, ideo probatione non indiget; sed ad alia probanda recte adhibetur, de qua postea separatim exstat in his locis *L. 3. §. 1. infr. commod. L. hujusmodi. 84. §. ædes. infr. de legat. 1. L. Mævius. 66. §. in fundo, infr. de legat. 2. L. qui sibi. 33. §. 1. de sol. L. in re, §. 1. sup. de cond. fur.* Ex ea autem sententia sic recte colligitur. Debitor servum deteriorem post moram factum dando non liberatur. Ergo aut non deteriorem præstare debet: aut si id non potest, ad liberationem hoc superest, ut præstet non deterioris æstimationem. Pro re enim quæ debetur, præstanda est æstimatio, ubi corpus ipsum non exstat, quod præstari possit. *L. in re, in pr. supr. de cond. fur.* Prius autem præstari non potest, re deteriore facta: proinde præstan-

8 dum, eoque et æstimandum posterius. † Atque hinc generaliter ita definit: *quare in his ad tempus moræ erit reducenda æstimatio.* In his, idest, in utroque casu superiore, ut prius locutus erat, cum scilicet aut res exstat tempore rei judicatæ aut ante mortua est; sed ante condemnationem, aut ante mortem facta est deterior. In his, inquam, æstimatio rei ad tempus moræ reducetur: idest, non jam spectabimus condemnationis, aut mortis tempus, ut supra cum res deterior facta non est; sed id tempus totum quo mora facta est: scilicet ut quanti ex eo tempore res plurimi fuit, tanti æstimetur, cum de æstimatione rei quæretur. Recte hæc, si contigerunt post moram, seu culpam debitoris. Nam si sine culpa ejus res promissa deterior aut melior facta sit, et ita ventum erit ad rem judicandam, *præsens æstimatio re petita considerabitur*, inquit
9 Papinianus in *L. fundum, infr. de novat.* † Præsens, idest, ea quæ est tempore condemnationis, non ut vulgo interpretantur litis contestatæ. Ea enim præsens æstimatio recte dicitur, quæ est tunc, cum de re æstimanda tractatur. Id autem tempus est condemnationis seu rei judicandæ. Et merito: cum sine culpa ad rem judicandam ventum est, ejus temporis æstimatio spectatur, non litis contestatæ, etiam si post litem contestatam res deterior, aut melior facta sit: quia si melior est, talis debetur, ut aut talis præstanda sit, aut præstanda ejus æstimatio: si est deterior, non debet æstimari, quanti prius fuit, quia quod sine culpa debitoris contigit, id ipse non præstat, sed detrimentum est creditoris. *L. quæ fortuitis, C. de pig. act. L. contractus, in fin. infr. de reg. jur. L. quod te, supr. si cer. pet.* Quod si proponamus culpam non fuisse in promissore usque ad litem contestatam, postea autem moram ab eo factam esse, et per id tempus rem deteriorem aut meliorem factam: redibimus omnino ad distinctionem hujus loci: neque rei natura aut sententia Papiniani aliud pati potest, ut in re quidem meliore facta spectemus tempus condemnationis, quia tunc fuit plurimi; in deteriore autem non aliud spectetur, quam quo deterior facta est, quia et tunc fuit plurimi.
10 † Spectabimus igitur, quanti plurimi res fuit post moram, sive res exstabit, sive non exstabit; postquam id æstimatur, quanto postea res deterior facta est. Neque hæc sententia nova est, aut hujus tantum loci, sed vetus, et ab eodem Ulpiano expressa in *L. re, §. 1. sup. de* cond. fur. *Si ex caussa furtiva*, inquit, *res condicatur, cujus temporis æstimatio fiat, quæritur. Placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.* Hoc ille. An quod adversus furem agitur? sane quia adversus furem: non tamen quia fur est, sed quia moram facit. Subjicit enim: *semper enim moram fur facere videtur.* Ac regula veterum de culpa sic concepta est: ut totam superiorem sententiam et de re perempta, et de deteriore facta æstimanda complecteretur. Constitutio veterum hæc est, culpam (cujus species est mora) perpetuare obligationem. *L. si servum. §. sequitur, infr. de verb. oblig.* Id valet: qualis quæque obligatio aliquando fuerit, mora a debitore facta, talem et deinceps perpetuo futuram: scilicet, ut si quando res debita post moram fuit optimo statu, talis et postea, quandocunque agetur; præstari debeat. Itaque etsi melior facta sit postea, deinde perierit, aut deterior facta sit: detrimentum erit debitoris: ut quoniam jam amplius rem præstare talem non potest, qualis ante fuit, præstet æstimationem ejus temporis. De re perempta sunt noti loci. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, L. nemo, §. 1. infr. de ver. ob.* De re etiam deteriore facta est hic locus: quem ita accipiemus, ut idem juris sit, quamvis res primo melior facta sit, deinde deterior. *L. pen. infr. rer. am.* Cui sententiæ locum esse et in strictis judiciis etiam ex hoc loco discemus. Est enim condictio Triticiaria actio stricti juris, ut initio diximus. Quod ne quis in hac actione propter locos in speciem repugnantes admittere refugiat: consideret eandem sententiam, quæ hoc loco, exprimi illa regula veterum, culpa perpetuat obligationem. Quam tamen regulam in stipulatione, id est, in caussa maxime stricti judicii potissimum usurpari, et a Paulo explicari constat in *d. L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. ob.*

Atque hæc hujus loci sententia est: quæ an habeat aliquid prioribus repugnans, aut aliis locis contrarium, videamus. Utrumque enim videri solet, ac posterius ita, ut nihil magis, quæ res hoc responsum valde perplexum et pene inexplicabile reddidit. Ac de prioribus membris, puto intelligi ex iis, quæ ante diximus, nihil hic statui prioribus repugnans, aut in illis etiam mutari. Hic ait, spectandum tempus, quo res post moram deterior facta est; prius autem dixerat spectandum tempus condemnationis, aut mortis, et quidem mora jam facta. Recte omnia: quia dicuntur dissimilibus in caussis, quarum ratio hanc distinctionem exigit. Priora enim intelligi vult hac con-

ditione, si ante condemnationem aut mortem deterior res facta non est post moram. Posterius hoc casu se dicere exprimit, cum res post moram deterior facta est. Et constat huic distinctioni sua ratio. Neque enim alia tempora, quam condemnationis et mortis spectare licet post moram, ubi actoris nihil interest priora spectari: nec vero quidquam interest, ubi per omnia tempora res mansit integra. Illic solum interest, ubi ante res facta est deterior: quia nisi creditor consequatur, quanti tunc res fuit, non consequatur rem qualis aliquando fuit post moram: qualem tamen illi præstari æquum est, et jus exigit, quia mora perpetuam fecit
11 priorem obligationem.† At saltem videbitur repugnare prioribus, quod dicitur in extremo, ad tempus moræ reducendam esse æstimationem. Id enim significari videtur, ad quodvis tempus moræ esse reducendam: cum tamen prius dixerit reducendam esse ad tempus condemnationis, aut mortis, non ad præcedentia, quamvis non minus et his temporibus mora facta sit. Et contraria hæc essent, si his verbis, *ad tempus moræ reducenda erit æstimatio*, hoc diceretur, reducendam esse æstimationem ad quodvis tempus moræ. Pugnant enim quodvis spectari posse, et unum dumtaxat certum spectandum esse. Sed quod hic dicitur ad tempus moræ reducendam æstimationem, etiam ad certum tempus moræ referendum est, et ex prioribus omnino sic intelligendum: ad tempus moræ reducendam æstimationem non simpliciter, sed ut spectetur illud certum, quo unquam plurimi per id tempus res fuit: seu quod idem valet, ut spectetur, quanti res fuerit tunc, cum primum deterior facta est. Prius enim dixerat, *post moram habendam esse æstimationem, quanto deterior res facta sit.* Male hinc colligit, ad tempus moræ in his reducendam æstimationem: nisi ad ea quæ præcesserant conclusio refertur, et intra terminos eorum quæ sumpta sunt, includitur. Et sane absurdum esset dici, ad tempus moræ redigendam esse æstimationem, ut quævis tempora spectanda esse aut spectari posse intelligeremus, cum possit post moram res deterior fieri: unde et illud evenire necesse sit, ut res aliis temporibus pluris sit, aliis minoris. Quæ plane omnia simul sumi non posse certum est. Sic fit, ut quemadmodum prius certa tempora moræ spectanda esse Ulpianus dixit: sic consentanee et in hac parte dicat, certum spectandum. Diversa quidem illa pro facti circumstantiis: omnia tamen ad unam regulam æquitatis congruentia, ne mora debitoris creditori noceat, juxta regulam juris, *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur.* cui convenit, ut quanticunque res post moram fuit, tantum creditori præstari debeat. Ex quo et superiora tempora spectanda dicimus. Nam si ante condemnationem aut mortem nunquam res deterior facta est: fuit illis temporibus plurimi. Si deterior facta est: tum fuit plurimi, cum cœpit fieri deterior. Fuit quidem tantidem et præcedentibus temporibus, quibus fuit integra. Sed ideo novissima ista potius notantur, quia, ut jam dixi, supervacuum est alia tempora remota quærere, et in eo laborare: cum ex præsentibus, aut certe novissimis et proximis et magis notis res æstimari ac decidi nullo negotio potuerit. Bene ergo hoc membrum cohæret cum prioribus, omniaque ut sua ratione defenduntur: ita et suam vim singula obtinent, nusquam posteriora a prioribus, aut priora a posterioribus immutata. Ex quo illa distinctio totius responsi, quam initio posuimus.

Sed non item convenit huic loco cum aliis. Quinimo sententiæ et toti distinctioni superiori sententia plane contraria aliis locis compluribus statui videtur. Quæcunque enim tempora hic spectari placet, hoc efficitur in summa, tempus litis contestatæ non esse spectandum: quia placeat spectari tempus condemnationis, aut mortis, aut quo res ante deterior facta est, sive id ante litem contestatam contigerit, sive postea. At contra alibi traditum est, in eamque sententiam non unus aliquis locus, quem huic opponamus, sed complures, et hi, ut videtur, diserte scripti consentiunt: si quæratur, res petita cujus temporis æstimationem recipiat, spectandum tempus litis contestatæ in strictis judiciis. Hi autem loci præcipue sunt quatuor. *L. vinum, supr. si cer. pet. L. ult. infr. hoc tit. L. 3. §. in hac. infr. commod. L. hominem, infr. mand.* Quorum in prioribus duobus respondetur hoc aperto in vino, oleo, frumento, et similibus mercibus vel condictione certi ex caussa mutui, vel condictione Triticiaria petitis. In posterioribus duobus accedit hoc etiam ad certitudinem superioris sententiæ, quod sine distinctione rei petitæ generaliter definitur in strictis judiciis, ut stipulatione, tempus litis contestatæ, seu quo agitur, spectari. Non ergo plura tempora pro circumstantiis facti spectanda, ut supra, sed unum: neque unum aliquod ex superioribus, sed litis contestatæ. Quo tempore constituto, simul et alia tolluntur, cum fieri non possit, ut si diversorum temporum diversa ratio est, qui unius temporis æstimationem sequetur, is sequatur æstimationem alterius. Ad

quæ concilianda si quid certi attulerimus, operæ pretium facimus. Est enim res per se cognitu necessaria: scupulus autem non dissimilis illi alteri: *L. vinum, si cer. pet.* ad quem pervadere cupientes plerique omnes judicio multorum et meo navem fregerunt. Ego id afferam, quod verum esse, reique ac locis maxime convenire mihi persuasi, nec dubitem ut tale omnibus intelligentibus et æquis judicibus probari posse. Quod ut possit intelligi, præcidatur initio, quid hic, et qua de re dicatur. Meminerimus igitur, quod supra monui, dici quidem hoc loco, tempus moræ esse spectandum, non litis contestatæ; sed dici de re certa petita, quæ et mori, et vulnerari, et deterior fieri possit; neque id solum, sed dici tum tempus id moræ esse spectandum, cum quæritur cujus temporis æstimationem res recipiat; quo scilicet ex eo tempore æstimetur; quanto res deterior facta sit. In hoc genere rerum petitarum, atque hac quæstione de re æstimanda, dicimus tam recte statui ad tempus moræ, non litis contestatæ redigendam esse æstimationem, ut nihil sit neque verius, neque magis perpetum. Et quoniam de aliis locis quæritur, ajo non mutari hanc sententiam locis superioribus, quantumvis in speciem pugnantibus: quia in aliis dicitur ex temporo litis contestatæ rem petitam æstimandam, sed hoc rebus incertis, et quæ in genere debentur, petitis; in aliis autem, etsi dicitur, in re certa debita spectari tempus litis contestatæ, non tamen dicitur ad hoc spectari, ut res ex eo tempore æstimetur, ut hoc loco; sed ut sciatur tantum, an de re agi possit. Quorum neutrum pugnat cum sententia superiore, quam hujus loci esse convenit. Id jam ita esse ostendamus. Et ex illis prioribus quatuor objectis locis, duo sunt, in quibus de re incerta, et in genere debita æstimanda agitur, et in ea statuitur rei æstimandæ tempus litis contestatæ, nempe *L. vinum, supr. si cer. pet. et L. ult. seq. hoc. tit.* De *L. vinum*, non dubitatur: quandoquidem in ea nominatim quæritur de vino petito, quod mutuum datum erat, in quo genus peti, non speciem constat. *L.* 2.
12 *in pr. supr. si cert. pet.* † Sed nec magis de *L. ult. infr.* licet dubitare. Illic enim primo quidem de merce petita ponitur generaliter quæstio: sed quam mercem Cajus intelligat, explicat postea exemplis: *si merx aliqua*, inquit, *petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum*. De vino igitur, oleo, frumento, similiter illic agitur: quæ res itidem mensura constant, eoque et hac ipsa quantitate in genere, non specie certa æstimantur. *L.* 2. §. 1. *supr. si cer. pet.* Nec obstat, quod in extremo ita scribit: QUOD ET DE CÆTERIS REBUS JURIS EST. Hoc enim sic intelligendum est: de cæteris similibus, quæ scilicet pondere, aut etiam similiter mensura constant, quæ incertæ in genere, certa tamen mensura aut pondere debentur. Ac de eadem quæstione illic agi, quæ tractatur in *L. vinum supr. si cer. pet.* responsi similitudo aperte declarat. Est enim utrobique eadem per omnia distinctio juris de proposita quæstione, et iisdem aut certe ejusdem scholæ auctoribus tribuitur, Sabino nimirum et Cassio: ut si in uno responso agatur de re cujus quantitas in genere, non certum corpus debetur et petitum est, intelligendum sit et de iisdem rebus agi in altero. Quam rerum conditionem cum et juris ratio postulet, quod utrobique de æstimatione ex tempore litis contestatæ spectanda respondetur, ut satis ostendimus ad *L. vinum*, minus jam possumus dubitare, quin et de iisdem rebus utrobique agatur. † De 13
his ergo locis sit hoc responsum, quod in *d. L. vinum*, respondimus: in vino, et cæteris rebus, quæ pondere mensurave constant, ut oleo, frumento, liquoribus omnis generis, leguminibus item et similibus, et generaliter in his quæ incertæ, et in genere, non certæ et certa specie debentur: in his, inquam, rebus omnibus, cum quæritur, cujus temporis æstimatio facienda sit, recte statui, si dictum non sit, quo die dari deberent, rem petitam tanti æstimandam quanti fuit, cum agitur, seu lis contestatur; eoque et in hac æstimatione tempus litis contestatæ spectandum. At de re certa petita, ut Sticho, hic agitur, ut supra ostendi, et res ipsa loquitur. Non eadem vero caussa est rei certæ petitæ, si quæratur, quo ex tempore res æstimanda sit. Sed de ea statuendum id, quod recte hoc loco, tanti rem æstimandam, quanti unquam plurimi fuit post moram: proinde et tempus condemnationis re exstante, aut mortis, re perempta: si quidem ante deterior res facta non fuit. Sin deterior post moram facta est, hoc ipsum moræ tempus spectandum et æstimandum, quanto res deterior facta sit. Cujus differentiæ rationem dilucide exposui ad *L. vinum*, ut locus exigebat in ea parte, cum de tempore moræ, quod illi loco objiciebatur, respondi. Quod cum pariter ad utrumque locum pertineat, illinc sumi potest, quod ad hunc transferatur. Hoc monebit, cum illis locis duobus de re incerta, hoc loco de certa petita respondeatur: diversas quidem esse sententias horum locorum, at minime contrarias: quæ

tam dissimili ex caussa et ratione nascantur, quin etiam et juris ratione optime inter se consentientes videri: cum utraque huc spectet, ne mora debitoris creditori noceat: sic tamen, ne amplius ei præstatur, quam ei debitum fuit. Quare hac differentia animadversa, minus difficilis est horum locorum explicatio. Difficilior aliorum duorum; in quibus de eadem re, de qua hoc loco, quæstio proponitur, idest, de re ei specie certa. Nam in *L.* 3. §. *in hac, infr. commod.* agitur de actione commodati, et re commodata. Non commodatur genus, sed certum corpus: quoniam aliud, quam certum, utendum et et tractandum dari non potest; est autem commodare, utendum dare. *L.* 1. *infr. com.* In illo autem altero, idest, in *L. hominem. infr. mand.* nominatim quæstio est de homine certo promisso, quem fidejussor pro debitore solvit: et tamen in utroque dicitur spectari tempus litis contestatæ in strictis judiciis. De quibus respondebo sigillatim, quia semel et una ratione de utroque non potest. Ac primum de *L.* 3. §. *in hac, com.* Et quoniam non solum ex verbis omnis difficultas nascitur, sed etiam est in his ipsis; quod recte sumatur ad conciliationem: ipsa verba initio proponam, ad quæ deinde omnis responsio conferatur. Sic autem verba sunt: *In hac actione* (commodati) *sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur, et rei judicandæ tempus, quanti res sit observatur: quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.* Et quod jam ante attigi ad *L. vinum*, in excutiendo tempore rei judicatæ, fortasse statim quis existimet, in his verbis conciliationem abunde suppeditari, ut dicamus, in strictis quidem judicis litis contestatæ tempus spectari; at hoc ex eodem illo loco non obesse aliis judicis, quæ stricta non sunt: cum ibidem ita traditum sit, in aliis, puta in bonæ fidei judiciis hoc idem non servari, sed spectari tempus rei judicandæ, idest, condemnationis. Quod cum hoc loco congruere videtur: si quidem hoc prius constituerimus in eo non agi de actione stricti juris. Quod et ipsum plerique jam olim arripuerunt ad conciliationem. Quorum alii ideo ex contractu bonæ fidei hic agi interpretati sunt, etsi ageretur Triticiaria, quæ est generalis, ut Accursius hic refert in glossa magna. Alii agnoscentes, hæc verba, IN HAC ACTIONE, non posse intelligi nisi de actione Triticiaria, de qua sub hoc titulo agitur, ut agebat Ulpianus *Lib.* 27. *ad edictum*, unde hoc responsum sumptum est, nec posse intelligi de ea nisi generaliter, sive ex hac, sive ex illa caussa agatur, quia nihil hic distinguitur: fatentur et hoc ipsum et amplius Triticiariam bonæ fidei non esse concedunt, ut quæ non numeretur inter actiones bonæ fidei in §. *actiones autem, Inst. de act.* Sed cum hoc dederint, illud retinent, ut dicant esse arbitrariam. In quam sententiam difficultate hujus loci delati sunt Nempe enim huc spectarunt, ut cum in hac actione dicitur spectandum tempus condemnationis aut moræ, quo res deterior facta sit, non litis contestatæ, efficiatur non esse huic sententiæ contrarium, quod alibi traditur in *strictis judiciis litis contestatæ tempus esse spectandum:* quia scilicet in aliis illis locis distinguuntur nominatim actiones bonæ fidei ab actionibus stricti juris: Triticiaria autem etsi non est bonæ fidei; similis tamen sit: est enim, inquiunt, arbitraria: in quo genere non minus res æstimatur ex æquo et bono arbitrio judicis. §. *præterea. Inst. de act.* Etsi initio satis ostendisse videor, hanc actionem non magis esse arbitrariam, quam condictionem certi, quarum utraque generalis est, et ex iisdem caussis competit; tamen non moverem de eo controversiam, si hoc concesso Triticiariam esse arbitrariam, res expediretur. At non modo id non consequimur ista ratione, ex qua in eandem repugnantiam incidimus; sed quod præcipuum in ea solutione incommodum est, superiorem distinctionem in vera rei certæ æstimatione statuenda, duas sententias maxime falsas et iniquas inducimus: quas prius quam reciperemus, tolerabilius fuerat, fateri hos locos esse contrarios. Primum hac ratione non conciliantur hi loci. Non enim tantum hic dicitur *spectandum esse tempus condemnationis.* quod poterat convenire cum eo, quod dicitur in *d. L.* 3. §. in hac, *in bonæ fidei judiciis spectandum tempus rei judicandæ* (utrumque enim tempus idem est, quo condemnatur reus, et quo res judicatur; rei judicandæ, et quo condemnatio facienda est. *L.* 1. *infr. de re jud.*) sed adjicitur hoc ita esse, *si res antea deterior facta non sit:* Quod si facta sit deterior post moram; tum ad tempus moræ reducendam æstimationem, ut spectetur quanti unquam post moram res fuit. Hoc vero nihil aliud est, quam tum in hac actione non esse spectandum tempus rei judicandæ, contra quam fieri volumus in actionibus bonæ fidei, et arbitrariis. Sed contemni hoc potest, prout est falsitas utriusque illius superioris sententiæ: siquidem in re certa petita sine jurejurando in litem æstimanda (nam de eo hic agitur) dicimus, in bonæ fidei judiciis spectandum rei judicandæ tempus; in strictis autem litis conte-

statæ. Quod intelligi quoniam non magis adversum jus statuendum, quam ad definitionem hujus loci explicandam pertinet, nec minus ad solutionem contrarii loci necesse est; de eo hic dicam diligentius. Ajo, quodcunque judicium sit, sive bonæ fidei, sive stricti juris; neque illic tempus rei judicandæ spectandum, neque hic litis contestatæ, si quæratur, speciei petita cujus temporis æstimationem, *quanti vere est*, recipiat; sed tenendam in omnibus hujus loci regulam, ut si res deterior facta sit post moram, ad id tempus moræ referatur æstimatio; æstimeturque quanto res deterior facta est, idest, in summa, quanti unquam plurimi res fuit, ex
14 quo mora cœpta est. † Primum doceo id ita servari in bonæ fidei judiciis, eoque falsum esse in his spectari tempus rei judicatæ potius, quam in aliis. Finge rem commodatam deteriorem reddi aut culpa commodatarii, aut post ejus moram. Non minus hoc æstimandum est in actione commodati, quam hic æstimari debere traditur. Hoc ipsum de re commodata scribit idem Ulpianus in *ead. L.* 3. §. 1. quem sequitur §. *in hac.* Et cur non spectetur in bonæ fidei judicio, quanti plurimi res post moram fuit? Æquum est unicuique moram suam nocere. *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *infr. de reg. jur.* Ubi autem præstantur ea, quæ præstari æquum est, si in bonæ fidei judicio non præstantur? §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Spectaretur hoc etiam propter moram stricti juris actione, ut mox dicitur, quia qualiscunque obligatio fuerit post moram, hanc mora deinceps perpetuam facit. Quanto magis in actione bonæ fidei, in quo genere potissimum æqui et boni ratio habetur? *d.* §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Imo, inquiunt quidam ad *L. hominem*, *mand.* non sine ratione in bonæ fidei judiciis rei judicandæ tempus observatur, quanti res sit, etiam tunc cum culpa sua reus rem non restituit, quia in eis id tantum petitur, quod bonus judex arbitrabitur et æstimabit dari oportere ex fide bona. Quid hoc est? quia judex rem æstimat ex bona fide, ideo æstimabit ex tempore rei judicandæ, quamvis res multo ante perierit post moram, aut deterior facta sit? neque præcedentium temporum rationem habebit? Quo quid dici potest absurdius? Imo tanto magis faciet, quod judicium bonæ fidei est, in quo plus illi licet pro potestate judicii. Ideo faciet, quia judicii natura potissimum hoc dictat, ut damnetur reus in id quod illum ex æquo et bono præstare oportet, ut jam dixi. *d.* §. *in bonæ*, *de act.* Hoc autem æquum et ex regula juris, ne reus mora sua liberetur, ne ea creditori noceat. Nisi forte hoc volunt, quia judex in bonæ fidei judiciis rem æstimat tempore rei judicandæ, ideo ex eo tempore rem æstimandam. Quasi vero qui de æstimatione rei judicat, non possit spectare æstimationem cujuslibet alterius temporis; aut quasi ista ratione non idem liceat dicere de strictis judiciis; cum et in his non alio tempore res æstimetur, quam rei judicandæ. Nihil est igitur ista ratione absurdius, quam potius a vigilante in contraria omnia converti oportebat. Sed etiam occurretur fortassis ab Accursio, et similibus, quibus tempus moræ et litis contestatæ, et rei judicatæ, quoties illis libuit, sunt eadem: quod dicitur, in bonæ fidei judiciis spectari tempus rei judicandæ, sic accipiendum esse: nisi res ante facta sit, deterior; tunc enim prius illud spectandum ex hoc loco. Sed et hoc ridiculum. Ista enim ratione non minus recte dici potuit spectandum esse tempus litis contestatæ, aut præcedens aliquod, aut sequens, quam rei judicandæ: quia semper in promptu fuerit hæc conditio quam eodem jure supplere possimus, nisi res alio tempore pluris fuerit, et deterior facta sit. Sed et hac exceptione an non animadvertimus priorem sententiam everti? Sic enim dicimus, non rei judicandæ tempus, non hoc aut illud certum esse spectandum, sed omne quodcunque est, quo res post moram plurimi fuit. † Ut hoc in bonæ fidei judiciis 15
falsum, spectari in his ad rei certæ æstimationem tempus rei judicandæ; ita non minus et illud falsum est strictis judiciis spectari ad eam rem tempus litis contestatæ: ut non minus et in hoc genere actionum si res post moram deterior facta sit, æstimari debeat, quanti ante res fuit, eoque non minus ad definitionem hujus loci actio pertineat. Si condictio Triticiaria stricti juris est, ut esse initio docuimus, res confecta est. Id enim in hac actione de rei certæ æstimatione hoc loco traditur. Sed ne sit hic locus, aut ne sit Triticiaria stricti juris sed arbitraria, quando de eo a quibusdam ambigitur. Nihilominus idem aliis partibus juris tam certo efficitur, ut non certius statueretur hoc loco, si locus de actione stricti juris nominatim scriptus esset. Quam ad rem etsi satis esse poterant, quæ jam supra in explicatione postremi membri hujus responsi ad ejus sententiæ confirmationem attulimus; itemquo ad *L. vinum*, *supr. si cert. pet.* qua parte de tempore moræ illie disseritur: tamen ne qua sit dubitatio, adiiciam hoc loco certius aliquid, quod hæsitantibus omnem scrupulum adimat. Sit ergo res certa debita ex stipulatu, quæ actio stricti juris est. *L. in actionibus*,

in fi. juncta *L. alias seq. supr. de in lit. jur.* Dicimus, si in eà actione res petita æstimanda sit, ut sæpe, et ex iis caussis, quas initio hujus responsi complexi sumus; naturam obligationis et rationem juris non pati, ut alia tempora spectentur ad rem æstimandam quam quæ hic præscripta sunt. Aut enim species petita deterior facta non est post moram, aut facta est. Si deterior non est facta, aut etiam melior facta est, constat talem deberi, qualis est; qoia species ipsa in stipulatum fuit deducta. Proinde talem creditor consequi debet: nempe quod debetur, et quod stipulatus est, quod creditorem non consequi absurdum habetur in *L. in exsecutione*, §. *pro parte, infr. de ver. obl.* Id et definitio actionis ostendit, quæ est jus persequendi judicio, quod nobis debetur. *L. nihil infr. de obl. et act.* Idem regula juris, quæ dictat solutione tolli obligationem, sed solutione ejus quod debetur. *Inst. quib. jur. tol. obl. in pr.* Id si ita est: fit, ut si res non deterior sed melior debeatur tempore condemnationis, ipsa præstanda sit, si potest, sententia judicis, juxta *L. ult. C. de fideic. lib.* Si non potest, damnari debeat debitor in æstimationem. At quam? nempe quæ tunc est, aut fuit tunc cum res post rem decessit, quia alioqui creditor suum non con consequatur; cum pro corpore quod debebatur, et præstandum erat, præstetur æstimatio. *L. in re, in pr. supr. de cond. fur.* Non ergo hic spectabitur tempus litis contestatæ; cum si id spectaremus, præstaretur æstimatio, quæ fuit non quæ nunc est, cum res judicatur. Quod si res post moram deterior facta est; hic jam ad alteram partem distinctionis hoc loco traditæ ducit nos regula juris explorati, et de qua inter omnes convenit, culpam eoque et moram debitoris perpetuare obligationem, idest, hoc efficere, ut quod post moram aliquando debitum fuit, id ita et perpetuo debeatur; neque id in re tantum bonæ fidei judicio debita, sed etiam in re debita ex stipulatu. *L. si servum*, §. *sequitur*, *L. nemo*, §. 1. *infr. de ver. obl.* Quod nihil aliud est, quam si res post moram deterior facta sit, æstimandum esse, quanti fuit antequam deterior fieret: ut quoniam talis præstari non potest, qualis tum fuit, pro eo quod abest, æstimatio præstetur. *d. L. in re, supr. de cond. fur.* Ita ne hic quidem in strictis judiciis spectandum est tempus litis contestatæ. Non enim metuo, ne quem in contrarium moveat quorundam ratio ad *L. hominem infr. mand.* qui, quo acumine de tempore rei judicandæ in bonæ fidei judiciis spectando eos respondisse supra ostendimus, eodem et in strictis respondent, spectandum tempus litis contestatæ, quia aliud spectari non potest; quod enimvero, inquiunt, aliud tempus possis expectare in actione ex stipulatu? Hoc qui quærit, et non aliud esse putat, hic non ad jus, sed ad sensum communem nobis remittendus est. Quam multa enim alia tempora sunt quæ per rerum naturam spectari possint, si modo per jus liceat! An non est tempus condemnationis, tempus mortis, tempus quo res deterior aut melior facta est, eaque varia, prout ista ante aut post litem contestatam evenerint? Quid, quod iidem illi hæc spectanda esse itidem fatentur, eum mora a debitore facta est? At nos de eo debitore agimus Nam quæ damna sine culpa debitoris contingerunt, ea debitor non præstat. *L. si ex legati, de ver. obl. L. quæ fortuitis, C. de pig. act.* Quod si intelligunt non aliud tempus spectari posse jure, id pro ratione afferunt, quod ipsum quærebatur. Erit enim hæc sententia, in strictis judiciis jure spectari tempus litis contestatæ, quia jure aliud non potest: quod æque stultum est. Nam hoc ipsum quærebatur, cur jure non possit. Quid tamen, si jam ad totam superiorem judiciorum bonæ fidei, et strictorum distinctionem retinendam et nihilominus conciliandam cum hoc loco, quem tractamus dicamus id, quod illi ipsi ad *d. L. hominem, mand.* regulam quidem hanc esse, et veram, in bonæ fidei judiciis rei judicandæ tempus; in strictis litis contestatæ, quanti res sit, observari: sed addendam exceptionem ex *d. L. hominem*: nisi debitor moram fecerit, ut tunc quo tempore pluris res fuerit, vel moræ, vel litis contestatæ, vel rei judicandæ, id spectetur, et tanti reus damnetur? Id enim ita temperari et explicari videtur in *d. L. hominem.* Sed de eo loco dicam paulo post suo ordine. Nunc de ista sententia tantum moneho, quantum locus postulat, primum quidem non esse eam ex *d. L. hominem*: quia responsum ab illis perperam intelligatur. Quod autem ad rem ipsam attinet, nescire me, an quidquam ea sententia dici potuerit aut per se magis falsum, aut ad ista explicanda magis inutile, ne dicam absonum. Nempe enim fatentur, si debitor moram fecerit, rem adversus eum æstimandam, quanti plurimi fuerit post moram, ut hoc loco traditur. At hoc concesso, discrimen illud judiciorum ab Ulpiano positum plane tollitur: quod tamen ipsi statuere velle videbantur, et quidem eo loco, ubi ex professo id contendunt. Nam superior distinctio non statuitur ab Ulpiano, nisi in eo debitore, qui moram fecit. Hoc isti negant, video: sed nunquam fecissent,

si ad locum cognoscendum aliquid attentionis, aut judicii, aut scientiæ juris attulissent. Primum in *d. L.* 3. §. *in hac*, aperte de eo debitore agitur, cum quo judicio actum erat, ventumque ad tempus rei judicandæ, quo is de æstimatione rei petitæ damnari deberet. Is moram facit, qui idonee interpellatus non solvit: et maxime si judicium suscipere maluit, quam rem restituere. *L. mora, infr. de usur. L. si rem*, §. 1. *infr. de verb. ob.* Nec de eo aliter statui solet, nisi cum adjicitur, reum ex justa caussa ad judicium provocasse. *L. si quis solutioni infr. de usur.* quod illic factum non est. Quin etiam iidem illi ipsi sui obliti prius id ipsum affirmaverant. Sic enim scribunt: mora etiam est, si debitor patiatur secum litem contestari: et ideo si moriatur Stichus post litem contestatam, æstimatio refertur ad tempus litis contestatæ vel mortis. Hoc amplius et de bonæ fidei judiciis ita scrip-erant: Alias in bonæ fidei judiciis. *d. L.* 3. §. *in hac*, tempus rei judicandæ, quanti res sit, observari ait: nec sine ratione. Et mox: et hoc si culpa sua reus rem desierit possidere: nam si dolo malo, rem æstimat actor juratus. Deinde in ea actione, in qua Ulpianus tempus illud rei judicandæ spectandum esse statuit, admittit jusjurandum in litem adversus reum. Hoc vero, dolo et mora debitoris non præcedente, diei non potuit: quoniam jusjurandum in litem nisi ob dolum, aut ut minimum ob moram debitoris non admittitur. Atque hæc ipse locus Ulpiani suppeditabat. Quod ut dubium esset ex verbis: tamen res ipsa loquitur, jure superiorem regulam adversus alium debitorem valere non posse, quam eum qui moram fecerit. Fingamus enim, mora a debitore non facta, sine culpa ejus rem debitam periisse ante rem judicandam, aut etiam ante litem contestatam. Hic constat debitorem omnino liberari, ut nec æstimationem debeat. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Absurdum est autem dici, observandum esse tempus alterutrum ad rem æstimandam, ubi reus nihil debeat, ac ne æstimationem quidem. Sed etsi res ante moram sine culpa debitoris deterior facta sit, ne id quidem æstimabitur: quia creditoris detrimentum est. *d. L. quod te, L. quæ fortuitis, C. de pig. act.* Quod si rei judicandæ tempore res exstat, et his casibus præcedentia tempora æstimanda non sunt, quibus res pluris fuit; quid superest, nisi ut secundum formam juris aut reus in rem ipsam condemnetur, si præstare eam potest: *L. ult. C. de fid. lib.* aut si non potest, damnetur in præsentem æstimationem ejus temporis, quo res judicatur, ut ante dixi? nam pro re quæ præstanda erat, æstimatio penditur. *d. L. in re de cond. fur.* Ex quibus intelligitur, non rationem quamlibet et speciem tantum æquitatis suadere in omnibus judiciis eam sententiam, quæ est hoc loco: sed necessitatem ipsam obligationis et juris certi etiam ab invitis eam exprimere. Qua eadem ex re efficitur, falsum esse in his ad rem certam ex vero æstimandam tempus rei judicandæ aut litis contestatæ spectari: simul et illud, in hac rei certæ æstimatione ex aliquo tempore spectanda quidquam inter bonæ fidei et stricti juris judicia interesse. Atque hæc cum ita sint: quidvis quærendum et admittendum potius, quam mutanda hujus loci sententia, eum de re certa, quanti vere sit, æstimanda quæritur, sive judicio bonæ fidei agatur, sive arbitrario, sive stricti juris. ✝ 16
Quomodo ergo aliter interpretamur locum Ulpiani in quo diserte scriptum est, *in bonæ fidei judiciis rei judicandæ tempus quanti res sit, observari; in strictis litis contestatæ tempus spectari?* d. L. 3. §. in hac *commod.* Si quidem verba isto modo scripta essent, hæreremus. Nunc autem ita concepta sunt, ut in utrumque genus judicii eam interpretationem recipiant, quæ superiori sententiæ non adversetur. Quæ sententia cum sola vitio careat: hanc potius sequi debemus. *L. in ambigua, infr. de legib.* præsertim cum sit et hujus loci, et *d. L.* 3. *com.* idem auctor Ulpianus, quem credendum non est in hac re a seipso dissensisse. Quid ergo illic scriptum est de bonæ fidei judiciis? hoc quidem inter cætera, si modo Pand. Florentinarum scriptura recta est, *et in his rei judicandæ tempus quanti res sit, observatur.* Quod ipsum ejusmodi esse fateor, ut si simpliciter dictum, aut per se positum esset, de alia æstimatione accipi non posset, quam de vera, quæ sine jurejurando in litem habeatur. Hæc enim significatur his verbis, quanti res est *L.* 2. §. *ult. supr. qui satis. cog. L. tutor supr. de in lit. jur.* Sed videndum est, quid præcedat, et hoc quod sequitur, quo contextu prioribus subjiciatur: tum intelligetur superius illud, non ad omnem æstimationem, sed ad eam quæ initio posita erat, cum scilicet juratur in litem, temperandam referri debere. Quod subodoratum fuisse ex veteribus Guillelmum de Coneo ex scriptis Bartoli ad §. *in hac*, post hæc scripta comperi: quod et ille sequitur, etsi ad eam rem nihil certi adfert. Sed nihil verius. Prius dixerat Ulpianus: *In hac*

actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur. Sequitur: *et rei judicandæ tempus, quanti res sit, observatur.* Hoc posterius uno contextu et conjunctim subjectum nemo negaverit salva ratione recti sermonis sic accipi posse, quasi scriptum esset: et hic, seu et tum rei judicandæ tempus observatur. Ut sit sensus, id tum observari, cum scilicet de bonæ fidei judiciis agetur, et in his in litem jurabitur: nam utrumque hoc præcesserat. Quod si in posteriori oratione omnium consensu recte subaudimus prius illud, *in bonæ fidei judiciis*, propter conjunctionem orationis: par est, ut propter eandem connexionem et illud alterum de jurejurando in litem recte repeti intelligamus: quo significetur id dictum esse, non de vera æstimatione rei, sed de ea, quæ servatur in jurejurando in litem, quæ a priore passim distinquitur: quippe cum hoc jurejurando æstimetur lis ex effectu, et sæpe ultra rei pretium. *L. non a judice, supr. de jud. L. 1. L. tutor, supr. de in lit. jur.* Hæc sententia expedita est, si aliorum exemplarium, quam Florentini, scripturam sequimur, in quibus ita legitur: *In hac actione sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur, ut rei judicandæ tempus quanti res sit, observetur: ut pro et, observetur, pro observatur:* in quibus in unius literæ mutatione facilius lapsus fuit. Hoc modo, inquam, si legimus, sententia superior expedita est, utpote et his ipsis verbis expressa. Apparet enim hanc orationem, ut rei judicandæ tempus observetur, ad priorem temperandam adjectam esse, ut sit sententia: in bonæ fidei judiciis jurari quidem in litem, sed ita, ut tum in re æstimanda observetur tempus rei judicandæ. Et vero hoc modo legendum esse, ratio recte loquendi nos admonet: Nam alioqui ita dicendum fuerat: in hac actione sicut in cæteris bonæ fidei judiciis in litem jurabitur, et in his rei judicandæ tempus observabitur, non autem observatur: cum sit in vitiis orationis, si ea perturbetur numeris aut temporibus: et præsertim si conjunctionis copula intercedat, cum conjunctione eadem illa conjungantur. Sed etsi placeat legi eo modo, quo supra ex Pand. Florent. retulimus, quamvis non sit eorum verborum sola ea significatio, quam dixi; attamen et hanc recte accipi posse connexio contextus indicat; ut hoc quærendum relinquatur, utra potius accipienda sit. Id si quæritur, satis fuit ad posteriorem significationem retinendam, si dicatur eam vitio carere, alteram vitiosam et falsam. *d. L. in ambigua, supr. de legib.* Talem autem esse alteram constat, ut quæ in manifestam æquitatis et aliorum locorum juris reprehensionem incurrat, ut supra ostendimus; neque id solum, sed etiam, quæ ab eodem auctore alibi refellatur. Et hæc quidem ita sunt, etsi dubitaretur ex præcedentibus aut sequentibus, quid in hac re auctor ipse sentiret. Quod si de eo constet: quæstio, opinor, tollitur: neque enim verba captari, sed qua mente quidqua dicatur, spectari convenit, ut bene alibi Paulus præcipit. *L. pen. supr. ad exhib.* At non sentire Ulpianum tempus rei judicandæ esse spectandum in commodato, cum de vera æstimatione sine jurejurando in litem quæritur, *§. præcedens* plane arguit: in quo ille scribit: si res accommodata deterior facta sit, æstimandum et præstandum, quod commodatoris interest, seu quanto res deterior facta est: quod nihil aliud est, quam in ea re ex vero æstimanda non rei judicandæ tempus spectandum esse: sed ut nunc dicimus, illud moræ, quo res facta est deterior. Atque hinc recto ordine in *§. in hac, sequenti* monet hoc ita esse, si quæratur de eo quod interest, seu quanti res sit vere, quæ sunt eadem. *L. 1. §. hæc verba, infr. ne vis fiat si. L. 3. §. ult. infr. uti poss.* Diversum esse, si in eo genere juretur in litem. Nam et in actione commodati, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis in litem jurari posse, ac tum in his rei judicandæ tempus, quanti res sit, observari. Non adversatur huic sententiæ, quod hæc verba, *quanti res sit*, quibus Ulpianus utitur, ad veram æstimationem referri solent, eoque et perpetuo distingui ab eo, quanti in litem juratum est. *d. L. 2. §. ult. supr. qui sat. cog. d. L. tutor, supr. de in lit. jur.* Hoc enim ita verum est, nisi verba in jurejurando in litem usurpentur, ut hoc loco: tunc enim sic accipiuntur, quanti res est jurejurando actoris æstimata, ut in *L. arbitrio. supr. de dol.* Quod et hic faciendum est, ut significatio adjunctis et subjecto loco discernatur. † Teneamus igitur, Ulpianum in *d. L. 3. §. in hac*, hoc dicere: in bonæ fidei judiciis eum in litem jurabitur, tum rei judicandæ tempus, quanti res sit, observari. Nihil hoc ad veram æstimationem, ubi forte res petita ante condemnationem post moram debitoris deterior facta erit, et de eo agetur, ut idipsum æstimetur, quanto deterior facta est. Itaque nihilominus recte dicitur, et hoc ipsum esse æstimandam etiam in bonæ fidei judiciis: ut semper æstimatio ad tempus moræ, quo res plurimi fuit, redigatur, ut hic traditum est. Neque cum hoc dicemus, quidquam alterum ab altero dissideat. Nisi forte hoc ad-

huc dubitatur, an quod dicitur de æstimatione jurisjurandi in litem ad tempus rei judicandæ reducenda, nulla caussa sit, cur non ad veram æstimationem transferatur. Sed differentiæ ratio in promptu est. Cum enim jurat actor in litem, jurat ex effectu, non utique qui fuit, sed eo qui nunc est, cum jurat. *L.* 1. *L. tutor, supr. de in lit. jur.* Id autem est tempus rei judicandæ. Præterea non tam hic æstimatur res petita, quam non restituentis aut non exhibentis contumacia coercetur. *d. L.* 1. *L. tutor.* Merito igitur et ejus temporis contumacia ex eo ipso tempore æstimanda est: quod et posterius bene sensit Bartolus. *d.* §. *in hac.* At ubi de vera æstimatione rei sarcienda agitur ob id solum, quod res periit post moram, aut deterior ante condemnationem facta est: ratio non patitur, ut hic res æstimetur ex tempore rei judicandæ, quo facto præcedentis temporis nulla ratio haberetur: quoniam hoc modo non consequatur creditor rem quæ olim debita fuit, cujus tamen obligationem mora perpetuam fecit. Ac de *L.* 3. §. *in hoc. commod.* responsum est, qua parte de bona fidei judiciis adversari videbatur: et demonstratum in summa, de re quidem certa æstimanda illic agi non secus quam hic: et rei æstimandæ in bonæ fidei judiciis aliud tempus statui, quam hoc loco; sed dici hoc de alia æstimatione quam de vera de qua nunc agimus: quæ et merito distinguatur ab altera. Ita fieri, ut nihil sit repugnans, si et de ea
18 aliud jus statuatur. † Quod sequitur de strictis judiciis in *d. L.* 4. §. *in hac*, quam sententiam habeat, et quam non huic loco adversantem, videamus. Subjicit igitur Ulpianus *quamvis in strictis litis contestatæ tempus spectetur.* Generaliter hoc quidem, et sine conditione, si verba definitionis spectes; sed ex præcedentibus definitio temperanda est. Apparet enim ex adversativa, *Quamvis*, dictum id esse ex comparatione priorum per dissimilitudinem, quo ostendat in eo, quod prius dixit, quid bonæ fidei judicia a strictis differant. In quo nihil est literæ convenientius, quam id quod Bartolus de eo scripsit, eoque nihil melius, quam id sequi si modo juris ratio id pateretur. Ait enim in *d. L.* §. *in hac*, toto agi de æstimatione, quæ probetur jurejurando in litem. Hoc cum fit recte dici in hoc jurejurando in bonæ fidei judicis tempus rei judicandæ; in strictis autem litis contestatæ spectari. Prius verum est: quia de ea jurejurando in litem dictum intelligitur, quod proprie dicitur in litem, et defertur ob dolum et contumaciam non restituentis. *L.* 5. *de lit. jur.* hanc contumaciam æquum est ex eo tempore æstimari, quo admittitur, ut dixi. Posterius falsum est. Nam cum in strictis judiciis res quæ post moram debitoris periit, æstimanda est jurejurando actoris, quanti fuerit, ut jus est *L.* 5. *vers. plane supr. de in lit. jur.* non ad aliud tempus refertur æstimatio, quam quo periit, aut ante deterior facta est post moram ex hoc loco, quamvis de ea æstimatione affirmanti actori non credatur sine jurejurando. Ideo hanc sententiam, quæ per se aperte falsa est, sequi non possumus, etsi alias a verbis minime abhorrentem. Sed nihilominus verum est, verba illa, QUAMVIS IN STRICTIS LITIS CONTESTATÆ TEMPUS SPECTETUR, scripta esse per comparationem, quo ostendatur in eo, quod Ulpianus prius dixerat, quid hæc judicia inter se differant: ut proinde non tantum membrum referendum sit ad priora, sed etiam intra fines prioris sententiæ retinendum, ut in eo solo dissimilitudo sit, quod priore sententia continebatur. Dissimilitudo vero est non in jurejurando in litem, sed in tempore quod præcessit. Prius locutus erat de eo tempore, quod unicum rei æstimandæ præfinitur. Proinde quod sequitur, sic accipiendum est, quasi ita dictum esset: quamvis in strictis judiciis, ubi extra conventionem unicum tempus rei æstimandæ statuitur, ut supra, ibi non rei judicandæ, sed litis contestatæ spectetur. Quod et verum est, neque huic loco adversatur. Nam cum in strictis judiciis genus petitur, veluti vinum quod mutuo datum erat, si conventio de tempore solvendi nulla est: plane ibi spectatur tempus litis contestatæ, neque aliud quandiu debitor moram facit rei solvendæ. *L. vinum sups. si cer, pet. L. ult. infr. hic.* Utque hoc solum tunc spectatur in strictis judiciis: sic et in eo recta bonæ fidei judicia a strictis distinguuntur. Etsi enim et in emptione, quod bonæ fidei judicium est, cum vinum emptum petitur, litis quoque contestatæ tempus ad rem æstimandam spectandum esse diximus ad *d. L. vinum:* tamen bonæ fidei judicia hoc recipiunt, ut in his spectatur etiam quandoque tempus rei judicandæ, cum scilicet juratur in litem. Stricta judicia nequaquam, ut in quibus ob dolum et contumaciam nunquam in litem juretur: *L. in actionibus, supr. de in lit. jur.* ut consequens sit, semper in his uni tempori litis contestatæ locum relinqui. Quod si in strictis judiciis res certa petita sit, ut Stichus: placet quidem hic in re æstimanda non spectari tempus litis contestatæ, ut hic traditur: sed ne hoc quidem negatur supe-

rioribus verbis *d. L.* 3. §. *in hac:* quia in eo genere rerum non unum tantum tempus statuitur æstimandæ rei, sed plura: nempe, modo condemnationis, modo mortis, modo quo res post moram deterior facta est. prout illo aut illo pluris fuerit. Nos superiorem definitionem de tempore litis contestatæ spectando sic accipiendum esse diximus: ut de eo tempore intelligeretur, quod unicum spectetur in re æstimanda, sicut et prior definitio intelligitur. Et quidem priore parte id tempus demonstrari apparet. Cum enim in bonæ fidei judiciis, in litem juratur, dicitque tum observari tempus rei judicandæ; ita dicitur, ut intelligatur id tempus eo casu, et non aliud esse spectandum. Posteriora autem ad idem genus referri debere comparatio indicat. Male enim dicuntur ista judicia differre in eo tempore quod præcessit, nisi in posteriore genere judiciorum idem genus temporis intelligitur. Quod si ita est: res huc redit, ut sententia posterior *d. L.* 3. §. *in hac.* quæ est de tempore litis contestatæ in strictis judiciis spectando, ad rem certam non pertineat.
19 † Sic fit, quod ad totum
cum locum breviter responsum volumus: ut prior pars non sit de vera rei æstimatione etsi de re certa: posterior non sit de re certa petita. Ita neutra pars definitionem hoc loco traditam offendat, quocunque judicio agatur: cum definiamus alia quidem tempora spectanda: quam rei judicandæ, aut litis contestatæ: sed in re certa petita, idque cum de ea æstimanda et vera ejus æstimatione agitur.

Sed si huic defensioni locus esse potest in *L.* 3. §. *in hac. commod.* verendum, non itidem sit in *L. hominem, infr. mand.* quem postremum locum distinctioni hujus loci objiciebamus. Vel potius verendum, ne eo loco omnis hæc defensio præcidatur. Agitur enim eo responso de homine certo, quem fidejussor pro debitore dari promisit, et solvit, idque disertis verbis ita proponit Africanus. et ad eum hominem promissum, totum responsum accommodat. Agitur et de ejus hominis æstimatione nominatim in principio, et ea æstimatione vera, non quanti in litem juratum sit: ut omnia concurrere videantur, quæ hic exigimus. Et tamen sive ejus hominis æstimatio petatur a fidejussore mandati judicio: placet eam referri ad id tempus quo is homo solutus sit, non quo agatur; sive ipse homo petatur ex stipulatu; traditur id tempus spectari, quo agitur, litis contestatæ. Utrumque scilicet diversum ab eo, quod hic statuitur. De quo superest, ut videamus. Et quoniam ejus responsi duæ sunt partes: una de bonæ fidei judicio, altera de stricto; neque utraque una ratione et solutione continetur: dicam hic quoque, ut prius, distincte de singulis, quo planius res tota intelligatur.
† Summa tamen hæc erit, in principio ejus 20
responsi agi quidem de re certa, et ea æstimanda; at non de re certa petita, qualem hic exigimus. In altera autem parte agi de re certa debita et petita, in qua et placeat tempus litis contestatæ spectari; sed in hoc, ut sciatur, an ea res peti possit, non etiam in hoc, ut res æstimetur. At de re petita æstimanda omnis nostra quæstio est. Sed melius est; ut dixi, id in singulis distin-
cte explicari. † Principio ergo proponit 21
Africanus, fidejussorem hominem certum, puta Stichum, pro debitore dari promisisse et solvisse. Ait, eum mandati fidejussor aget, nempe hominis a se soluti æstimationem repetens, si quæratur, cujus temporis æstimatio in eo homine sumenda sit: æstimationem referri debere ad id potius tempus, quo Stichus solutus sit, non quo agatur. Quod his huic loco contrarium videtur. Primum quod vult spectari tempus, quo homo solutus est, idest, tempus obligationis inter fidejussorem et debitorem contractæ: tunc enim debitor contraria actione mandati fidejussori teneri incipit, cum fidejussor pro eo solvit. *L. si pro eo C. mand.* Deinde, quod si hoc tempus non spectaretur, vult spectari debere tempus, quo agitur, idest, litis contestatæ: his enim duobus temporibus positis, contractus, et litis contestatæ, prius ait potius spectandum esse. Quod per comparationem dictum, significat potuisse spectari et hoc posterius, si prius non esset. Sed si utrumque concurrat, ut semper, illud magis spectandum. Utrumque tempus adversus hunc locum, ut videtur: sed tempus contractus maxime: cum tempore litis contestatæ proposito, statuatur quidem aliud tempus, quam omne illud moræ, quo res plurimi fuit: attamen id, quod sit et moræ. Constituto autem tempore contractus, semel omnia tempora quo mora facta est, removeantur: quia tunc cum fidejussor hominem promissum solvit, non possit dici debitor in mora esse, si statim fidejussori non solverit, quod ei abest: cum potuerit ignorare hominem esse solutum, eoque se fidejussori teneri: et ut sciret, tamen interpellatus non sit a fidejussore: quibus casibus mora non fit. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. mora, infr. de usur.* Sed et illud animadvertendum, quod statuitur id tempus in judicio mandati: quod bonæ fidei est. § *actionum autem. Inst. de act.* Quod jam non mi-

nus adversari videtur sententiæ illi Ulpiani ex *L.* 3. *§. in hac, commod.* qua scribit in bonæ fidei judiciis tempus rei judicandæ, quanti res sit observari. Et observetur rerum atque æstimationis, de quibus in his locis agitur, dissimilitudo. Tum in eo jure, quod de his rebus statuitur, quam nihil sit contrarii, quam recte potius dissimilibus de rebus diversum statuatur, intelligetur.

Agitur hic de re certa æstimanda; sed ea, quæ et debeatur principaliter, ac propter, quam æstimatio præstetur. In specie Africani superiore agitur quidem et de homine certo æstimando; sed ita, ut non debeatur ipse, sed sola ejus æstimatio in obligationem deducta sit. Hoc et Irnerius et Joannes aliique nonnulli ex veteribus recte viderunt, a quibus acceptum secutus est Bartolus, nec incommode: expressitque his verbis ad *d. L. hominem, et ad §. in hac:* ut diceret in *hac. L.* speciem esse in obligatione, et æstimationem venire officio judicis; in *L. hominem,* in obligatione esse æstimationem. Hæc dissimilitudo animadversa rem plane explicabit: de qua ne dubitetur, prius constituenda est. Dico hic agi de re, quæ ipsa principaliter debeatur, circa cujus exsecutionem quæratur de æstimatione, ut præstetur. Patet ex verbis: Agitur enim de re judicio petita, quæriturque nominatim, res quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat. Ea petitur, quæ debetur; potestque deberi, quæ non petatur; at jure peti nulla, nisi quæ debeatur: non est enim actio, nisi persecutio ejus quod debetur. *L. nihil infr. de ob. et act.* Nec vero de alia re agitur in *L.* 3. *§. in hac, commod.* Imo nec de alia re (incerta tamen) aliave æstimatione in *L. vinum, supr. si cer. pet. L. ult. infr. hic:* in quibus nominatim quæstio ponitur de vino, et similibus mercibus, quæ dari debeant, et judicio petitæ sint: quæritur autem ubi earum æstimatio facienda est, ex quo tempore sint æstimandæ. At in *L. hominem,* in specie propo-
22 sita contra. † Homo a fidejussore solutus, et de cujus æstimatione quæritur, non debetur fidejussori, nec peti ab eo potest vel nominatim, vel his verbis, quod ex bona fide dari oportet. Solum debetur ejus hominis æstimatio, eaque sola a principio in obligationem mandati deducitur. Utrumque, quia non obscure actum est. Nam fidejussor hominem creditori solvendo hoc animo fuit, ne eum hominem unquam repeteret. Animus hic est solventis. *§. is quoque, Instit. quib. mo. re cont. obl.* et qui sic solvit, ut recipiat, non liberatur, eoque nec solvere intelligitur. *L. qui sic solvit, infr. de sol.* Et si id agitur, ne eum hominem repetat a creditore, cui eum dedit; multo magis, ne repetat a principali debitore, cui non dedit. Quod si id ageret, ut a debitore repeteret; aut exigeret ab eo, quod fieri non potest, aut ipse secum pugnaret, quorum neutrum ferendum est. Exigeret, quod fieri non potest, si vellet debitorem eum hominem reddere prius, quam eum a creditore cui dedit, recepisset. Jam si eum ab illo vellet recipi, secum pugnaret, seque refelleret, ut qui ita solverit, ne si homo repeteretur. Non ergo fidejussor hominem promissum solvendo id agit, ut debitorem de eo homine sibi reddendo obliget. Proinde nec debitur secus quam actum est, eo nomine obligabitur, *L. non omnis, supr. si cer. pet.* Restat, ut si quid fidejussori præstandum est eo nomine, debeatur hominis soluti æstimatio, non aliud. Et vere constat id agi, ut si quid mandatarius ex mandati caussa impenderit, id ei præstetur, et indemnis reddatur. *L. si vero, §. si mihi, L. si mandassem,* 15. *L. si quis mihi* 16. *L. si quis alicui.* 27. *§. impendia, infr. mand.* Placet, hominem a fidejussore solutu, ipsum hominem ei non deberi. Sic fit, ut sola ei debeatur æstimatio ad indemnitatem, eaque sola in obligationem mandati ab initio venerit. Quo loco satis mirari non possum, quonam superbam inscitiam ad *d. L. hominem:* qui cum fastu definire audent in specie proposita non agi mandati in æstimationem, et eos imprudentiæ damnare, qui id dixissent; qua in sententia fuisse Irnerum et Joannem Accursius refert in *d. L. hominem, et in d. §. in hac.* Nec ad caussam damnationis aliud afferunt, quam quod mandati non in æstimationem agitur nominatim, sed in id quod ex bona fide dari oportet. Æstimationem deberi, non hominem supra ostendi bonis rationibus, quæ fortasse prioribus non ita constiterunt. Si debetur, etiam in eam agi posse necesse est; cum id persequatur omnis actio in personam, quod debetur, non aliud: eaque actionis definitio est. *L. nihil, infr. de obl. et act.* Nec aliud servatur in bonæ fidei judiciis, quibus nun minus peti posse constat, quod sit in obligatione; et si in his ex bona fide agitur. *L. qui per, §. ult. infr. de act. em. L. quæro.* 1. *resp. infr. loc.* Et quod isti dicunt, non agi hic mandati in æstimationem, quia petatur hoc judicio, quod ex bona fide dari oportet, plusquam ridiculum est. Imo ideo his verbis in proposito maxime petitur æstimatio, quia his continetur id omne, quod fidejussori debetur. Debetur autem æstimatio hominis soluti,

non homo, ut dixi. At non petitur nominatim. Etsi hoc falsum est: tamen ut verum esset, satis petitur, quod generali oratione exprimitur. Nisi forte putamus eum qui petit hereditatem, non petere res singulas hereditarias, quia has nominatim non appellat; qui gregem, non petere singulas oves; qui totum, non petere ejus partes. Quod secus est. *L. item videndum. §. ult. L. et non tantum, seq. de pet. her. L. 7. L. si cum, 21. §. 1. infr. de ex. rei jud.*

23 Hoc intellecto, diversi † juris de his rebus constituti ratio atque æquitas expedita est. Cum res aliqua certa principaliter debetur, ac propter rem debitam æstimatio præstanda est: si quidem ita, ut æstimetur quanti actor in litem juraverit: æquum est id tempus spectari, quo juratur: eoque et tempus rei jodicandæ: tunc enim juratur. Hoc in *L. 3. §. in hac. commod.* Sin sine jurejurando res æstimanda, quanti est, ut hic: recte fit, ut æstimationis præstatio rei debitæ obligationem sequatur. Nec vero aliter fieri potest sine creditoris injuria, cum propter rem debitam æstimatio præstatur. Hinc illam distinctionem esse oportuit, quæ est hoc loco: ut si ad rem judicatam res pervenerit, non ante deterior facta: spectetur tempus rei judicandæ, quo scilicet res plurimi fuit. Si mortua est, non ante facta deterior: spectetur hic mortis tempus, quo et ipso res fuit plurimi. Sin autem ante deterior facta sit post moram: jam habetur ratio ejus temporis eadem ratione. Hæc omnia, ut dixi, ideo, quia res omnibus his temporibus debita fuit: æstimatio autem quæ hic præstatur, rei debitæ obligationem sequi debet, quippe cum pro re æstimatio præstetur. *1. in re, supr. de cond. fur.* Et hæc in re certa petita. Quod si vinum, res incerta, petitum fuerit, ac pro vino debito æstimatio in judicium vocabitur: commuta ratio facit, ut quoniam nullius certi temporis vinum debitum fuit, ibi solum ratio habeatur ejus temporis, quo ut vinum solveretur, actum est. Id autem est dies constitutus, si quidem convenerit, ut certo die daretur: aut si de die nihil dictum est: tempus litis contestatæ, ut docuimus ad *L. vinum, si cert. pet.* Unde et illa tempora ibidem spectari placuit, et *L. ult. infr. hic.* At vero ubi rei alicujus licet certæ æstimatio in obligationem venit, ipsa autem res non debetur: ibi nullum ex superioribus tempus sequi possumus, sed necesse est ejus temporis æstimationem deberi, cujus temporis in obligationem deducta est; quod declaratur aut verbis contrahentium, aut natura ejus negotii de quo agitur. Et in specie quidem Africani superiore intellectum est, æstimationem hominis a fidejussore soluti tum primum illi deberi cœpisse, eoque et in obligationem mandati deductam esse, cum ipse fidejussor pro debitore eum hominem solvit. *d. L. si pro ea, C. mand.* Cujus autem temporis æstimatio deberi cœpta, seu in eam obligationem deducta? Natura contrariæ actionis mandati indicat: ex qua et Africanus de quæstione proposita respondit. Nempe æstimatio, quæ fidejussori per caussam mandati abest: quandoquidem in contrarium judicium mandati id venit, quod mandatarius mandati implendi caussa impendit: *d. L. si vero. §. si mihi, L. si quis alicui, §. impend. infr. mand.* Abest autem fidejussori æstimatio, quæ fuit hominis soluti tunc, cum solutus est. Non alia igitur in actionem mandati venit, quam illius temporis, eoque non alius temporis æstimatio in hac actione spectanda, ut bene Africanus respondit. Hoc posito, bene intulit Africanus, quod sequitur. *Et ideo*, inquit, *etiam si homo mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est.* Recte, *et ideo.* Hoc enim superiori sententiæ de æstimatione prioris temporis ut debita spectanda consequens est. Nam si homo solutus debitus esset fidejussori, ejus interitu debitor ante moram liberatus esset, ita, ut nec æstimationem deberet. *L. si ex legati, infr. de verb. obl. L. quod te, supr. si cer. pet.* Nunc autem hic non debetur, sed hujus æstimatio sola, quæ et in obligationem venit. At hæc non periit ac nec potest. † Quo fit, ut quæ 24 semel deberi cœpit, cum et mortuo homine perseveret, etiam eo mortuo debere, ac peti posse non desinat. Nihil hic non proprium mandati, et bonæ fidei actionis; seu æstimationem istam hominis soluti deberi solam, seu in ea æstimatione dicamus id tempus spectari, quo ea æstimatio in obligationem deducta est; seu placeat hanc æstimationem homine postea mortuo, aut deteriore facto, perpetuo deberi. Fit idem in stipulatione, in quam hominis alicujus certi, aut fundi æstimatio deducta sit nominatim hoc modo: Quanti Stichus, quanti fundus Cornelianus est, tantum dare spondes? Nam et illic sola debetur æstimatio, non Stichus aut fundus: et debetur ea quæ fuit tempore contractæ stipulationis, quia verbis stipulationis hæc demonstrata est. Ea autem constituta, similiter placet et hanc semper deberi, ut sive Stichus aut fundus perierit postea, aut deterior factus sit: nihilominus de ea æstimatione utilis sit actio, quæ ab initio nata est. Hoc in *L. fundum, infr. de noval.* id ipsum plane,

quod hic ab Africano de homine soluto respondetur. Ex quo apparet, quod de hujus hominis æstimatione ita ab illo constituitur, non ideo fieri, quia judicium bonæ fidei hic agatur; sed quia natura rei in obligationem deductæ poscat hanc sententiam; ubi res videlicet, quæ deberi cœpit, nimirum æstimatio, non perit postea. Homo quidem periit; sed is non debetur: nec quisquam debitor liberatur interitu rei alicujus, nisi debitæ. *d. L. quod te, si cer. pet. L. si ex legati infr. de ver. ob.* Quamobrem qui quod in ea specie dicitur, æstimationem hominis ad tempus solutionis ejus referri, nec eam æstimationem ullo casu ejus hominis augeri postea, aut minui, hoc proprium putat mandati actionis, et ideo eum casum excipiunt ab ea regula, qua tradit Ulpianus in bonæ fidei judiciis tempus rei judicandæ spectari: hi, qua de re Ulpianus, aut qua de re Africanus loquantur, quidve versetur in obligatione mandati, cum homo promissus a fidejussore solutus est, aperte non intelligunt: cum constet Ulpianum in *L. 3. §. in hac. commod.* in superiore regula loqui de re certa principaliter debita, cujus æstimatio per consequentiam rei debitæ præstetur; Africanum autem intelligere debuerint loqui contra de æstimatione in obligationem principaliter demissa ita, ut res cujus illa æstimatio est, non debeatur: genere æstimationis in utraque specie tam diverso, ut non nisi jus illud diversum, quod diximus, in harum temporibus spectandis statui potuerit, ut ostendi. Quod si hoc intelligere se dicent, et nihilominus speciem Africani excipiunt a regula superiore Ulpiani; videant, ne prioris offensionis deprecatione in majorem incidant, quod excipiunt a regula, quod verbis regulæ non continebatur: quæ non potest non stultissima esse exceptio: cum excipere nihil aliud sit, quam ex eo, quod prius posueris, aliquid detrahere. Quod profecto in ista exceptione nihilo sanius fit, quam si quis hac regula posita; in bonæ fidei judiciis tempus rei judicandæ spectari: exciperet ab ea regula actiones stricti juris, in quibus spectatur tempus litis contestatæ, aut si quis legatis libris suis, exciperet statuas et imagines, quas habet in bibliotheca.

25 DE PRIORE PARTE *L. hominem mand.* respondi, † Nunc dicam de posteriore: Ait igitur Africanus. *Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur,* idest, ut dixi: *litis contestatæ.* Hoc ex eo responso detractum, et acceptum generaliter, ut verba seorsim posita præ se ferunt, quasi ad æstimationem quoque rei promissæ pertineat, adversatur huic loco sine dubio, nec minus per se falsum est. At eo sensu, quo ab Africano dictum est: et per se verissime dicitur, et aliis locis ac sententiis receptis juris tam convenienter, ut nihil magis. Vult Africanus in stipulatione hominis certi spectari tempus, quo agitur. Sed an simpliciter? minime; sed aperte ad hoc, ut sciatur an homine promisso mortuo, utiliter de eo agi possit, an non possit: quod patet ex præcedentibus. Sic enim prius scripserat: *et ideo etiam si homo a fidejussore solutus mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est:* idest, nihilominus fidejussor mandati aget de hominis soluti æstimatione: quod illum facere posse prius dixerat. Subiungit continenter: *aliter in stipulatione servatur.* Quid est hoc, *aliter?* nempe aliter, quam modo dixit: ut scilicet in stipulatione Stichi, si quæratur Sticho postea mortuo, an ex ea stipulatione utiliter agatur, an non; sciamus spectandum tempus quo agitur: et videndum, utrum eo tempore homo vivat, necne; ac si tunc non vivit, sciamus de eo agi non posse, seu de eo utilem actionem non esse; nam homine soluto ante litem contestatam mortuo, nihilominus mandati actionem utilem esse prius dixerat. Hoc sic aliter observatur in stipulatione hominis promissi, si dicamus eo casu inutilem esse ex ea caussa actionem. Hoc recte; et vere ex regulis notis juris ita responderi oportuit; quibus efficitur promissorem interitu rei debitæ liberari. *d. L. quod te. supr. si cer. pet. L. si ex legati, infr. de verb. obl.* Sed hoc ita, inquit Africanus; *nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret; aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.* Recte hoc quoque, et ex iisdem regulis juris, nec minus apte hæc exceptio priori illi sententiæ subjicitur. Quod enim dicitur, homine promisso ante litem contestatam mortuo debitorem liberari: ita verum est, si per debitorem factum non sit, quominus eam daret: hoc enim superiori regulæ diserte adjicitur in *d. L. quod te, et d. L. si ex legati.* Cæterum si per debitorem steterit, quominus daret; ex aliis notis regulis mora perpetuat obligationem, idest, tam tenetur debitor homine mortuo, quam si homo exstaret. *L. si rem, §. ult. si servum §. sequitur. de ver. obl.* Cui sententiæ consequens est, ut eo homine post moram debitoris, quamvis ante litem contestatam mortuo, jam de eo utiliter agi possit. Quod Africanus superiore exceptione in persona debitoris intelligi voluit. Ait autem, *si per promissorem steterit, quominus*

sua die solveret. Ubi *sua die* accipere debemus, non die constituta in stipulatione, sed generaliter ea die, qua promissor solvere debuit. Is autem dies est non solum qui solutioni dictus est ab initio, sed etiam is, quo debitor interpellatus est, ut solveret. Utroque enim solvere debuit, ac nisi solvat, pariter moram facit. *L. mora, infr. de usur. L. magnam, C. de cont. et com. stip.* Hanc exceptionem rursum interpretatur, et alia exceptione temperat: nisi postremum per creditorem steterit, quominus hominem oblatum acciperet. Quo significat, si per debitorem aliquando factum sit, quominus solveret, sic eum adhuc teneri homine postea mortuo, si et debitor in mora perseveraverit, priusquam secum ageretur. Cæterum si ante litem contestatam hominem obtulit creditori, et iste sine justa caussa accipere recusavit, ut sic per eum staret, quominus acciperet, hoc sentit Africanus, eam moram creditori sic non nocere: ut homine postea mortuo, tam liberetur debitor, nec ex ea caussa agi possit, quam si is prius moram non fecisset. Quod et verum est, et ex aliis regulis juris expressum: quippe debitor postea offerendo purgat moram. *L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* et placet, si ambo moram fecerint, debitor et creditor, posteriorem moram nocere. *L. illud, infr. de per. et com. rei vend.* Dixi, si debitor obtulit ante litem contestatam, non ut servirem tantum responso Africani, qui vult in stipulatione unum hoc tempus spectari litis contestatæ; sed etiam quia si debitor post litem contestatam offerat, creditor recusando moram non facit, qui accipere nihil vult, nisi ex sententia judicis, cum neget ea oblatione sibi satisfieri, ut docui *ad d. L. si servum, §. sequitur, de verb. obl.* Apparet ergo dicta quidem hæc esse de tempore litis contestatæ in re certa promissa spectando; sed in ea quæstione, cum quæritur, utrum homine promisso mortuo utiliter de eo agi possit, necne: estque hæc summa sententia Africani: agi non posse, quia debitor rei interitu sit liberatus. Hoc tamen ita, nisi is moram fecerit prius, quam homo interiret: tum enim propter moram tam tenetur, quam si homo exstaret. Et hoc rursum ita: nisi ipse post moram hominem offerendo moram purgavit, et cum non accepisset creditor postea homo periit: tunc enim rursum creditori mora sua nocebit, ut non magis adversus debitorem utilis sit actio, quam si sine culpa et mora utriusque homo decessisset. Non convenit hæc explicatio definitioni Africani, dixerat aliquis: quoniam mora facta, spectatur tempus moræ, non litis contestatæ: definitio autem Africani solum tempus litis contestatæ præscribit. Et observandum est, Africani definitionem, verbis ad omnem debitorem, re ad eum solum referri, qui moram non fecit: quod significat, eum postea ab ea regula debitorem moratorem excipit. In eo debitore, qui ante litem contestatam moram non fecit, cum quæritur, an eum eo agi possit, recte dicitur in universum spectandum esse tempus litis contestatæ: ut videamus, utrum eo tempore homo promissus vivat, necne, atque hinc de facultate agendi judicetur. Nam si tunc homo vivit, utiliter agitur; si mortuus est, jure nulla est actio. Excipit quidem Africanus; nisi debitor antea moram fecerit, quo casu aliud tempus vult spectari. Sed hoc exceptum amplius ad tempus litis contestatæ, quod erat in definitione non pertinet. Hinc semper illud manet, sententiam Africani esse: homine promisso mortuo tempus litis contestatæ in stipulatione esse spectandum, cum quæritur, an de homine utilis actio sit, necne: ut si eo tempore in rebus humanis fuit, utilis sit actio; si decessit, inutilis, vel potius nulla. Nihil in ea sententia adversus sententiam hujus loci ullo modo: cum hic quæratur, non an homo peti possit, ut prius: sed quem utiliter petitum et in judicium deductum esse constat, ex quo tempore sit æstimandus, si forte ejus æstimatio præstanda fuerit. Quarum quæstionum in priore unum tempus litis contestatæ spectari, in posteriore plura et diversa, mirum non est. Si quidem agendi unum est tempus, et id litis contestatæ: ac dum eo tempore res debita exstet, aut pro exstante habeatur, ad agendum satis est; rei autem æstimandæ tot tempora sunt, quot sunt, quibus illa debetur, cum pro re debita æstimatio præstetur. Quo fit, ut quod ex his commodum sit creditori spectari, quo suum consequatur, id sit spectandum.

Atque hæc ita sunt, si verba illa Africani, **ALITER IN STIPULATIONE SERVATUR**, ad proxime præcedentia tantum, non autem ad totum responsum prius referuntur. † Sed hoc quæritur, an non ad 26
totum referri debeant. Et vero cur non referantur? Dixerat Africanus, si de hominis a fidejussore soluti æstimatione quæritur, eam æstimationem ad id tempus referri, quo solutus sit, non quo agatur. Addit, etiamsi is homo solutus mortuus fuerit, nihilominus utilem eam actionem esse. Subjicit: *aliter in stipulatione servatur.* Quidni, inquam, hoc, *aliter*, ad totam orationem præceden-

tem referatur, ut intelligamus in stipulatione aliter servari, sive de æstimatione hominis promissi agatur, sive quæratur, an de eo utilis sit actio, quibus de rebus prius in homine soluto sermo fuerat? Et hoc quidem vulgo ita receperunt, tanta opinione certitudinis, ut ne hoc quidem usquam vel nutu in dubium vocaverint, interpretes non veteres modo, sed et novi, et qui præcipue Africano lucem se afferre professi sunt. In quo ab illis non tam valde, quam turpiter erratur. Quid enim minus verum est, ipsis etiam, cum cogitanter loquuntur, approbantibus, quam tempus litis contestatæ spectari ad rem æstimandam, cum homo promissus mortuus postea fuerit: ad quam speciem Africani oratio refertur? Faciamus mortuum esse ante litem contestatam, et ut Africanus loquitur, prius quam agatur. Necesse est, aut sine ulla culpa promissoris interierit; aut post moram ejus; aut sine mora: culpa tamen, quia promissor hominem occiderit. Atqui si de singulis istis casibus interrogentur; respondebunt quidem ipsi, nisi plane sint imperiti juris, aut contentiosi, respondebunt inquam, aut æstimationem his casibus non præstari, aut non spectari eam quæ est cum agitur: neque vero quidquam est quartum. Volumusne igitur hominem interiisse nulla culpa præcedente promissoris? At hic velint, nolint, coguntur fateri promissorem liberari: quod regulis juris notissimis efficitur. *L. quod te, supr. si cer. pet. L. si ex legati, infr. de ver. obl.* Quo liberato, absurdum est dici tempus litis contestatæ spectari ad rem æstimandam, ubi nullum judicium asse sublata actione, nullam æstimationem præstandam esse fateamur. Nisi forte hoc loco audiendi sunt isti qui ad Africanum per omnia sui similes scribunt, in *L. hominem*, agi de condictione Triticiaria: hanc arbitrariam, et æstimatoriam esse, duas clausulas habere: unam de re ipsa, alteram de æstimatione: quarum priori si quis non paret, plerunque damnetur posteriori. Nimirum ut efficiant in ea actione, etsi debitor moram non fecerit, tamen re amissa æstimationis rationem haberi, et eam spectari, quæ fuit tempore litis contestatæ. Atqui apud Africanum nulla mentio condictionis triticiariæ, nulla actionis arbitrariæ, sed tantum stipulationis. Ait enim: *aliter in stipulatione servatur: tum enim id tempus spectatur, quo agitur.* Etiam si actio ex stipulatu in re nun certo loco dari promissa evadere posset arbitraria, et æstimatoria, ut isti loquuntur; tamen ipsa stipulatio, de qua tantum loquitur Africanus nihil est, nisi contractus stricti juris. *L. quia tantundem, supr. de reg. jur.* Imo nec actio ex stipulatu quidquam aliud, quam stricti juris. *L. 5. vers. plane. juncta L. alias, seq. sup. de in lit. jur.* Puduisset illos, opinor, dicere apud Africanum agi de actione bonæ fidei. At illud alterum nihilo verecundius, cum dicunt agi de condictione triticiaria et ea arbitraria; cum don magis unum quam alterum verbis aut etiam ullo apice significetur: imo cum utrunque verbo stipulationis aperte repudietur. Tum autem refricant hic illud suum, condictionem triticiariam esse arbitrariam et æstimatoriam. Quid hoc, ut inde probetur, ante moram tempus litis contestatæ spectari, ubi forte res sine culpa promissoris perierit? scilicet ea actione præstatur æstimatio. Recte, si hanc propter rem debitam, quandiu debetur, volunt præstari. Sine re, et tunc etiam cum illa desiit deberi, nihil minus verum est. Condictione enim triticiaria petitur res, quæ debetur ac propter rem, seu potius pro re æstimatio. Sic enim hic diserte scriptum est: IN HAC ACTIONE, SI QUÆRATUR, RES QUÆ PETITA EST, CUJUS TEMPORIS ÆSTIMATIONEM RECIPIAT. Proinde re sublata, quæ debeatur, nec pro re, quæ non est æstimatio deberi potest. Desinit autem homo promissus deberi, si perierit prius, quam per promissorem factum sit, quominus daret, *d. L. quod te, si cer. pet. L. si ex legat. infr. de verb. obl.* Et an condictioni triticiariæ quantumvis forte arbitrariæ plus tribueremus, quam actioni bonæ fidei, puta ex empto? Atqui si homo venditus sine culpa venditoris mortuus sit, venditor plane liberatur. *L. 5. §. ult. infr. de res. vend.* Sciamus ergo et in alia quavis actione, quamvis arbitraria, idem sentiendum: ut consequens sit, quod dixi, reo liberato, et omni actione tam de re, quam de æstimatione rei sublata, non posse dici ad æstimationem rei præstandam spectandum tempus litis contestatæ. Quid, si perierit homo post moram promissoris? Tenetur quidem prommissor ex iisdem locis, quasi res adhuc exstaret: *d. L. si ex legati, L. si rem, §. ult. de verb. obl.* sed ultro fatentur illi hoc casu spectandum esse tempus moræ, quo res plurimi fuerit non tempus litis contestatæ. Agnoscunt enim omnes Africanum in *d. L. hominem*, eum casum excipere a regula, quæ dixerat, in stipulatione spectari id tempus quo agitur, exceptione his verbis diserte expressa, *nisi per promissorem steterit, quominus sua die solveret.* Sed et omnes magno consensu eam sententiam hujus loci esse concedunt, exce-

ptis quibusdam, qui hic de actione stricti juris agi negant; sed frustra, cum eandem sententiam adversus moratores cogantur admittere ex *d. L. hominem.* Quid, si homo perierit, nondum quidem mora a promissore facta; at culpa ejus, quia hominem occiderit? Mirum si quis dubitet hoc casu et perpetuari obligationem, et ad id tempus culpæ æstimationem referri. Sed regula juris illis nota est, qua efficitur, non moram, sed culpam perpetuare obligationem. *L. si servum, §. sequitur, de ver. obl.* Inter omnes autem convenit culpæ verbo hic contineri non tantum moram debitoris, sed etiam, et quidem multo magis, ejus factum, ubi quid fecerit, quo homo interiret, ut declarat Paulus in *d. L. si servum, in pr.* Quod si homine occiso culpa perpetuavit obligationem, quæ tum fuit, etiam ejus temporis æstimatio creditori præstanda est; tum autem mora facta, ad tempus moræ reducitur æstimatio: absurdum sit minus referri ad id tempus, quo in homine auferendo major culpa admissa est. Et, rogo, quomodo tandem referatur hoc casu æstimatio ad tempus litis contestatæ, cum eo tempore homo nullus fuerit, qui æstimaretur? Fingamus jam, periisse hominem post litem contestatam. Etiam hoc casu in eandem sententiam sua ipsorum confessione incidunt. Fatentur enim debitorem moram facere, qui litigare maluit: quod et juris certi est. *L. si rem, §. 1. de verb. obl.* Ut necesse sit, quandocunque postea homo decesserit, eum decedere post moram. Atque iidem concedunt, cum res debita post moram periit, non ad tempus litis contestatæ æstimationem reduci, sed ad tempus id moræ, quo res plurimi fuerit: admissuri multo magis idem, si promissor hominem occiderit post litem contestatam. Quod si volent promissorem ad judicium juste pervenisse et sine mora, ut fieri potest: *L. si quis solutioni, infr. de usur.* sic deinde hominem promissum periisse, etiam sine culpa ejus; etsi hoc totum ineptæ divinationis est; tamen ut demus, illo revolventur, ut fateatur, tum promissorem ex regula juris liberari, quia sine culpa ejus res debita perierit. *d. L. quod te, supr. si cer. pet. d. L. si ex legati, L. si servum, §. sequitur, de ver. ob.* Ut proinde reus absolvi debeat, non in hujus aut illius temporis æstimationem damnari. Ita nullum reperitur tempus, ipsis etiam auctoribus, quo æstimatio promissi hominis demortui ex tempore litis contestatæ spectetur. Et tamen ad eam sententiam refellendam satis erat docere, eam falsam esse in eum casum, quo Africanus intelligi voluit: cum scilicet ante moram et culpam promissoris res periit. Nunc cum in omnibus caussis falsa sit: magnæ socordiæ est, ne dicam inscitiæ, eam definitionem in genere statuere, quam separatim de singulis speciebus interrogatus, in omnibus repudies. Sed quid agerent, si ea sententia Africani est, ut quod circa stipulationem mutat, id mutet in omnibus prioris membri partibus? Recte: siquidem hæc esset Africani sententia. Sed quid necesse fuit id statuere: cum quod dicit, aliter in stipulatione servari ut tempus litis contestatæ spectetur, commodissime referri possit ad ea tantum, quæ proxime præcesserant; ad ulteriora autem quæ erant de hominis æstimatione, etsi orationis structura etiam referri potest, re tamen sine manifesto vitio non possit? Minime vero hæc Africani sententia est: quæ prius illi affingi non potest, quam hæc peccata illi impingamus, ut aut dicat, homine promisso sine culpa debitoris mortuo, debitorem adhuc teneri ad æstimationem, quæ spectetur ex tempore litis contestatæ; aut si non tenetur debitor aliter, quam si perierit homo post moram, ipse secum pugnet, et dicat tunc tempus litis contestatæ spectandum, ubi statim subjicit spectandum esse tempus moræ, ut moræ debitori noceat. Quorum prius cum aperte falsum et iniquum sit: posterius etiam vix sani hominis. Hæc Africano affingere, non est Africano et ingenii et prudentia tribuere laudem interpretatione sua, sed illum pro imperito et obscuro nugatore traducere: quæ sane in talem auctorem non conveniunt, nec sine insigni injuria illi impingi possunt. Non est igitur ex ejus sententia, fatendumque, eum dicere tempus litis contestatæ in stipulatione spectari non longius, quam ut sciatur, an homine promisso mortuo utilis de eo actio sit, an non sit: de quo proxime in hominis soluti æstimatione dixerat. Denique in dissimilitudine ista stipulationis, quam ponit, non longius progredi, quam: ut quod dicit, aliter in stipulatione servari, ut tunc spectetur tempus litis contestæ, ad proximam partem de actione homine mortuo danda referatur. Quæ cum ita sint; constitutum jam nobis hoc erit, quod respondeamus de *L. hominem, mand.* Quemadmodum prior pars responsi de æstimatione hominis ad tempus contractæ obligationis referenda huic loco non obest; quia illic id dicitur de ea æstimatione quæ talis jam ab initio deducta est in obligationem; hic autem agitur de re debita, propter quam cum præstetur æstimatio, ipsa quoque obligationem rei debitæ sequi debet: sic nec obesse partem posteriorem, quia in ea non

dicitur rem stipulatione promissam æstimandam esse, quanti est tempore litis contestatæ, cum de potestate ejus rei petendæ, non de ejus æstimatione agitur. De quo si recte respondimus: effectum est, neque eo loco, neque prioribus qui objiciebantur, distinctionem et sententiam hujus loci de re ex temporibus hic designatis æstimanda offendi, quominus ut verissima et æquissima sine hæsitatione recipiatur: et recipiatur sine exceptione in judiciis omnibus tam bonæ fidei, quam strictis, et arbitrariis, ubi res certa judicio petita erit; cujus vera æstimatio actori pro commodo ejus præstanda sit.

AIT ET IDEO SI QUIS POST MORAM SERVUM ELUSCATUM DEDERIT, NEC LIBERARI EUM.) Sententia est multis locis, ut supra ostendi, tradita, eum qui rem quam debebat, deteriorem dedit, reddidit, non liberari. Sed sententia admodum anceps, et in qua vix quidquam certi aut veri haberi possit, nisi commode explicatur. Ita varie scriptum videtur in omnibus fere ejus sententiæ partibus. Incidunt autem in eam sententiam tres summæ quæstiones. Qui enim dicit eum qui rem deteriorem dedit, non liberari, hoc dicere intelligitur, eum re ita data nihilominus de re adhuc teneri: quia tenetur, etiam teneri aliqua actione. Unde quæstio triplex, an semper teneatur: et si tenetur, quia actione: tum qua de re teneatur. Ex quibus tertia planior est; de duabus prioribus et varie et obscure scriptum est. Nam qui ita rem dedit, dicitur non liberari, seu adhuc teneri: alias simpliciter et generaliter alias cum exceptione; alias ita, ut in totum teneri negetur. Generaliter, ut cum dicitur cum eo qui rem commodatam aut depositam deteriorem reddit, adhuc agi posse: et additur ratio generalis, non videri rem redditam, quæ deterior reddita est. *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res, infr. depos.* Cum exceptione, ut hoc loco, cum dicitur debitor non liberari, si servum post moram eluscatum dederit. Ut alibi, si ipse debitor servum eluscaverit, aliove modo deteriorem fecerit. *L. qui sibi,* 33. §. 1. *infr. de sol. L. hujusmodi.* §. *ædes, infr. de legat.* 1. In totum denegatur actio, ut in stipulatione, si quis servum post moram deteriorem factum sine dolo malo dederit: ubi et vetus actio interit, et actio de dolo, non alia datur. *L. et eleganter,* §. *non solum, supr. de dol.* Rursum hoc concesso, debitorem qui rem deteriorem dedit, adhuc teneri, si quæratur qua actione: in eo hæc varietas est, quod alibi datur vetus actio, ut in bonæ fidei judiciis; alibi, ut in strictis, actio de dolo; *d. L. et eleganter,* §. *non solum, de dol.* alibi actio in factum, ut in actione ad exhibendum, in *L. exhibitionis. C. ad exh.* Quæ varietas non modo nihil certi habere, sed etiam maxime secum pugnare videtur. Quocirca videndum, quam recte et consentanee hæc scripta sint: et quid in universum de tota hac re sit statuendum, quod non minus ad alios locos, in quibus eadem sententia attingitur, recte transferatur. Idque eo magis hoc loco videtur faciendum, quod tota collectio Ulpiani ejus sententiæ argumento nititur. Sic autem commode res explicabitur: si ut superiora a me proposita sunt, ita de his ordine dicetur. Cum ergo quæritur, an debitor, qui rem deteriorem dedit, non liberetur, sed teneatur adhuc: sciamus non recte simpliciter dici non liberari, et adhuc teneri, sed certas esse in eo caussas, conditionesve, extra quas definitio locum non habet. Fit enim non uno modo, ut qui ita dedit, liberetur. Unde conditiones contrarias totidem esse oportet, ut ne liberetur. Ita qui quæ sint hic ad liberandum caussæ, cognoverit, eadem opera de utroque cognoverit. Neque vero de eo qui non liberetur, nisi ex prioris illius cognitione statui potest: cum in hac specie non prius dicatur certo quis non liberari, quam constiterit nullas intervenire caussas ex his, quibus liberatio contingit. Proinde ex his de re tota statuatur. Ut liberetur, qui rem deteriorem dedit, accidit aut ex persona ipsius debitoris, aut creditoris facto, aut ex genere actionis quo res debebatur. † Ex persona 27
debitoris: si is fuit, qui ob rem deteriorem factam prius non teneretur. Is autem non tenetur, qui neque moram fecerat prius, quam res deterior fieret, neque ipse deteriorem fecit, neque cujus culpa deterior facta est in iis bonæ fidei judiciis, in quibus debitor et diligentiam præstare debet. Sic enim regula juris est, si prius quam per debitorem fieret, quominus daret, res debita perierit, debitorem liberari. Ac tunc per eum non fieri intelligitur, cum illa acciderunt, quæ ante dixi. *L. si ex legati, infr. de ver. obl. L. quod te, supr. si cer. pet.* De re quæ tota periit, hoc dictum est: sed exempli caussa, ut non minus ad eam pertineat, quæ facta est deterior. Illic enim totius rei damnum est; hic partis rei, aut utilitatis ejus. Pariter autem damnum, quod in re debita contingit: cujus nomine ut teneatur aut liberetur debitor, eædem caussæ sunt. Ac ne hic hæsitetur, alibi generaliter traditum est, casus fortuitos, seu damna quæ casibus fortuitis accidunt, a nullo præstari,

aut ut alibi, nullo bonæ fidei judicio præstari. *L. contractus. in fin. infr. de reg. jur. L. quæ fortuitis. C. de pig. act.* Quod posterius idem valet, et omnia judicia complectitur. Nam si hæc non præstantur etiam in bonæ fidei judiciis: multo minus præstabuntur in strictis: cum judiciorum bonæ fidei plenior sit obligatio, nec tam liberatio facilis, ut postea intelligetur ex *L. et eleganter, §. non solum, supr. de dol.* His conditionibus si damni nomine non tenetur debitor: fit, ut rem non aliam debeat, quam qualis nunc est, cum est deterior. Quod si non debet: sequitur, ut cum talem dederit, in totum de re liberetur, quia solvit, quod debuit: ultra quod nec si vellet creditor, exigere potuisset. Solutione ejus quod debetur, omnis obligatio tollitur. *Inst. quib. mod. to'l. obl. in pr.* Hinc si de obligatione debitoris in hac re ex persona ejus statuere volumus: licet intelligere, ut is re deteriore data non liberetur, exigendum esse, ut is fuerit, qui prius ob deteriorem factam teneretur. Quod ita fit, si aut ab eo res facta sit deterior; aut alieno quidem facto, sed post ejus moram. Utroque enim modo pariter evenit, ut per eum fieri intelligatur, quominus rem integram daret. Atque hinc etiam illæ conditiones additæ diversis in locis. De mora debitoris hoc loco: *si quis post moram servum eluscatum dederit.* De facto debitoris alibi: veluti, *si debitor servum vulneraverit*, et similia, quibus res deterior efficitur. *L. qui sibi*, 33. *§. 1. infr. de sol. L. hujusmodi, §. ædes, infr. de legat.* 1. *L. Mævius, §. in fundo, infr. de legat.* 2. Singulæ quidem conditiones singulis locis ideo, quia per se singulæ ex persona debitoris sufficiunt; non autem ut una alteram excludat, quasi qui moram adiicit, hanc præcise requirat, et reiiciat debitoris factam sine ipsius mora; aut qui de facto ejus dicit, sic id requirat, ut sine eo mora nihil obsit. Imo ex unius adiectione altera intelligatur: quia ad perpetuandam obligationem pariter idem valeat mora, et factum debitoris. Unde regula juris ita concepta, Culpa perpetuat obligationem. *L. si servum, §. sequitur, infr. de ver. obl.* ac verbum *culpæ* utrumque illud hic continet. *d. L. si servum, in pr. et §. sequitur.* Sed ut unum sufficit, ita plane, ut dixi, alterum exigitur. Quid est ergo, quod simpliciter dicitur in *L.* 3. *§. 1. commod* non videri, atque adeo proprie non esse rem commodatam redditam, quæ deterior reddita est, nec ulla ex superioribus conditionibus adjicitur? Et hoc sic interpretandum est: non videri rem redditam, quæ reddita est deterior quidem; non tamen deterior, quam accepta est, sed deterior, quam reddi debuit ea actione: ut hoc *deteriorem reddi*, cum ex comparatione alicujus præcedentis rei dicatur, referatur non ad tempus contractæ obligationis, sed ad id, quod ex ea obligatione fieri debuit. Quod optimo sensu ab Ulpiano dicitur. Significat enim, si res jure obligationis reddi non debuit deterior, non ideo pro reddita habendam esse, neque ideo commodatarium eo nomine liberari, si eam naturaliter accipienti creditori reddiderit. Eodem modo intelligendum, quod de re deposita scriptum est in *L. 1. §. si res, infr. depos. pos.* si res deposita deterior redditur, quasi nec reddatur, agi depositi posse Item cum deterior redditur, posse dici dolo malo redditam non esse. Recte utrumque, dum intelligatur reddi res deterior, quam a depositario judicio depositi reddi debuit: quod fit, cum ejus dolo res deterior facta est. *L. 1. §. ult. infr. depos.*

Sit ergo prima hæc cautio, qua debitor rem deteriorem dando non liberetur, si et ante integram debuit, perpetuata adversus eum obligatione: dum aut culpa ejus, aut post ejus moram res deterior facta erit. Aliter debitoris detrimentum non est: et qui ante rem redditam aut datam damni incidentis nomine non tenebatur; sine dubio re data et a creditore accepta non teneb-tur; cum semper plus sit, quod obiici possit creditori, qui solutionem admisit, quam qui non admisit. Atque hæc ex persona debitoris. † Sed etsi res deterior facta sit post 28
debitoris moram, aut culpa ejus; est tamen etiam in facto creditoris, quamobrem debitor deteriore re data interdum liberetur. Quod contingit, si creditor, cum non ignoret rem a debitore, aut post moram ejus deteriorem factam reddi, volens acceperit. Unde rursum, quod dicitur debitorem, qui servum post moram, aut ab ipso deteriorem factum dederit, non liberari, sic accipiendum est; si creditori vitium rei aut debitoris culpam ignoranti solverit. Hoc Accursius scripsit hoc loco; sed nihil ad probationem attulit, et in eo ut in sententia parum certa non perseverat. Bartolus admittit, et tentat probare; sed nihil adfert satis idonei ad eam rem. Profert enim eas species, in quibus debitor, qui exceptionem habet, si se habere sciens, ea contempta, ultro solvat; placet eum non posse solutum repetere. *L. pen. supr. de cond. ob. tur. cau. L. 2. C. de his, quæ vi met. cau. ges. sunt.* Sed ideo in his caussis debitor repetitionem,

non habet, quia nec ab initio habuit, ideo quia noluit. Sciens enim ae non teneri qui solvit, donare voluit; quam ob caussam solutum non repetit. *L. 1. supr. de cond. ind. L. cujus per errorem, infr. de reg. jur.* Hic agimus de eo creditore, quam constat prius actionem habuisse, ut sibi res integra præstaretur; de quo quæritur, an actionem remiserit, solutum accipiendo. Id vero prima fronte non liquet. Certe superioris exemplis argumento non probatur; cum in eo appareat, eum qui solvit, hoc ipso donare voluisse; quod sciens ae nullo jure cogi rem dedit. Id enim donatur, quod nullo jure cogente conceditur. *L. donari, infr. de reg. jur.* Nihilominus tamen et hoc verum est, cum creditor rem deteriorem factam, et culpam debitoris in eo non ignorans rem talem a solvente accipit, debitorem liberari. Re enim deteriore data, necesse est in eo datam videri, aut eam quæ debebatur, aut aliam. Si quæ debebatur; ideo liberatur debitor, quia solutione ejus quod debetur, omnis obligatio tollitur. *Inst. quib. mo. tol. obl. in pr.* Si aliam (ut aliam esse necesse est. si res non videtur reddita, quæ deterior redditur. *L. 3. §. 1. commod.*) tamen etiam hic ideo liberatur, quia volenti solvit. Toties enim res pro se soluta liberationem præstat quoties volenti solvitur, et fit in solidum accipientis. *L. si quis aliam, 46. infr. de solut.* Imo vero etsi alienam sciens acciperet, tamen et debitorem liberaret et ne evictionis quidem nomine haberet actionem. *L. si fundum, C. de evict.* Denique qui rem aliquam, qualis est, solutionis nomine accipit sciens, ei voluntate ana satisfit, ae satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio, D. de solut.* Non adversantur hi loci, in quibus simpliciter dicitur, eum qui eluscatum, vulneratum, aut aliter deteriorem a se, aut post moram factum servum accipienti dederit, non liberari, ut hic et *L. et eleganter, §. non solum, supr. de dol. L. qui sibi, §. 1. infr. de sol. L. hujusmodi, §. ædes, infr. de legat. 1.* Item non videri rem redditam, quæ deterior reddita est, eoque et veterem actionem durare. *L. 3. §. 1. infr. commod. L. 1. §. si res infr. dep.* Hoc enim omne sic accipiendum est, ut dicitur in *d. L. qui sibi. §. 1. de sol.* ut nemo qui rem deteriorem dedit, reddit, ideo dandu liberetur; idest, ideo liberetur, seu liberetor, hoc solo, quia hanc rem dedit, datam creditor accepit. Quod et verum est, et simpliciter recte dicitur, atque adeo recte in ea specie, de qua agitur. Neque enim qui deteriorem scienti dedit, ideo liberatur, quia dedit: sed quia creditori satisfactum est; seu quia voluntas et consensus creditoris accessit; qui consensus satisfactionem habet. Ita satisfactio debitorem liberat, non debitoris datio, aut acceptio creditoris. Satisfactum volenti creditori hinc apparet, quod debitor cum dans solutionis caussa, ita dat, ut eo facto obligatione liberetur; id enim solutio significat. Hoc autem modo accipiens creditor, si non errat, in eandem conditionem acciperet, et contentus esse intelligitur. Arg. in *L. si creditores, C. de pact.* † Postremo ex 29
genere etiam actionis accidit nonnunquam, ut qui rem deteriorem dedit, liberetur, quamvis superiora illa concurrant, quæ ad retinendam obligationem rei deterioris datæ facere diximus: idest, quamvis debitor ob deteriorem factam prius teneretur, et ipso eam ignoranti dederit. Id receptum est in strictis judiciis. puta stipulatione; si debitor rem promissam deteriorem sine dolo malo dederit: quod fit, dum aut deteriorem esse ignorat, veneno puta ab aliis ei dato: quod nondum apparet; aut ut heres. juste ignorat, utrum res talis promissa sit, an talis facta postea; et si postea, utrum casu id acciderit, an defuncti culpa, vel post ejus moram. Colligitur id ex eo, quod scriptum est in *L. et eleganter, §. non solum, supr. de dol.* Ubi si is qui servum debebat ex stipulatu, venenum ei dederit, et sic eum tradiderit: placet sic eum actione ex stipulatu liberari, ut sit adversus eum de dolo, et ita de dolo, ut hæc sit necessaria. Quo aperte significatur, si dolus aberit a debitore, sic eum liberari, ut nulla sit plane adversus eum actio: De actione ex stipulatu convenit inter omnes hanc non dari. Sed vulgo putant saltem in factum competere: quia in simili specie hæc detur in *L. exhibitionis, C. ad exhib.* Quod et ipsum natura actionis de dolo satis refellitur. Nam si esset ulla actio alia, quam ex stipulatu, quæ competeret adversus debitorem, tunc cum sine dolo malo servum veneno corruptum dedit: ea daretur etiam adversus eum tunc, cum vitium non ignorans servum dolo tradidisset. Quandiu enim alia actio etiam in factum civilis aut honoraria, atque adeo quamdiu aliud remedium de re aliqua esse potest, tandiu actio de dolo, non datur. *L. 1. in pr. et §. ait, prætor, supr. de dol.* At dolo admisso datur de dolo. Unde intelligitur tunc saltem aliam actionem etiam in factum non dari. Proinde nec dolo remoto in eadem specie ulla actio etiam in factum dabitur. Et omnino qui de re deteriore soluta actionem de dolo dat, is in ea caussa, non tantum dolo admisso, sed

etiam extra dolum omnem aliam actionem removet. Atqui adversus eum, qui in ea solutione nihil dolo fecit, constat de dolo actionem esse non posse. *L.* 1. *de dol.* Quod si, nec de dolo est, nec alia ulla competit: fit, ut nulla: ac proinde ut ea solutione debitor
30 plane liberetur. † Attamen saltem actione in factum hoc casu quis esse dixerit. Nam si quis in actione ad exbibendum rem exhibere jussus, eam deteriorem exhibuit, scriptum est in *d. L. exhibitionis, C. ad exhib.* si is facultatem habens, culpam vel dolum in explendo præcepto committat, æquitatem exhibitionis perficere, ut quamvis ad exbibendum agi non possit, in factum tamen actio adversus eum detur. Sed in ea specie omnia dissimilia: quibus efficitur, ne propter id rescriptum superior sententia in strictis judiciis mutari debeat. Nam illic et de eo agitur, qui dolo rem deteriorem exhibuit: et ut posset locus accipi de eo, qui solum culpam in eo admisit; tamen quod in actione ad exhibendum dicitur, ad rem ex stipulatu debitam transferri non debet. Dico primum neminem posse in explendo præcepto exhibendi culpam committere, rem deteriorem exbibendo, nisi qui idem dolo malo deteriorem exhibeat. Nam si res ab ipso deterior facta est: aperte dolum committit et in re deteriore facienda et in exhibenda. Si ab alio post ipsius moram, siquidem scit tum deteriorem factam: et hic quoque dolo exhibet, qui sciens talem exhibet, quam integram exhibere debuit. Si ignorat, et exhibet ut scit. et potest: non sane dolum committit ita exhibendo: sed tum ne culpam quidem. Non quod non dici possit, culpam in eo commissam, quod moram fecit, ac per hanc culpam factum esse, quominus præceptum judicis de exhibendo recte expleret; sed quod in ipsa exhibitione rei deterioris nihil culpa fecit, qui exhibuit, qualem potuit, nec putavit, aut caussam habuit cur putaret se aliam exhibere debere. Itaque in *d. L. exhibitionis*, aut illa verba, *culpam, vel dolum*, sic accipienda sunt: quasi pro eodem posita sint, ac posterius subjectum sit prioris explicandi caussa: aut culpam solam commissam in præcepto exbibendi non explendo sic debemus interpretari: ut culpa in eo sit, quod res cum esset integra, non sit, exhibita, non etiam quod culpam suam debitor sciens nihilominus rem deteriorem exhibuit: nam alioqui et in ipsa exhibitione dolus inesset. Sed ut dederim in ista rei deterioris exhibitione culpam admitti posse sine dolo: tamen idem dico, quod in actione ad exhibendum dictum est, ad actionem ex stipulatu transferri non debere. Actio ad exhibendum arbitraria est. *§. præterea. Inst. de act.* Finitima igitur bonæ fidei judiciis: cum et in hoc genere, ut in illo, potestas sit judici rem ex bono et æquo æstimandi. *d. §. præterea, §. in bonæ, de act.* Hæc æquitas judicii facit, ut qui rem deteriorem exhibet licet culpa, non tamen liberetur; sed aut vetere actione teneatur, si potest; aut si non potest, directa, quia rem jam ante satis exhibuit, teneatur utili, quæ illic appellatur in factum: de quo postea nonnihil amplius. Et hoc est, quod in *d. L. exhibitionis*, cum dicitur, eum qui culpa aut dolo rem deteriorem exhibet, actione in factum teneri: non simpliciter dicitur, sed adjicitur, *æquitatem exhibitionis*, idest, judicii ad exhibendum, in quo æquitas dominatur, *id perficere*. Dissimilis natura strictorum judiciorum, quæ si in hac liberatione recte separantur a bonæ fidei judiciis propter judiciorum æquitatem, ut postea dicemus, cum de genere liberationis agetur: recte fit, si eadem ratione æquitatis distinguuntur eodem modo ab arbitrariis. Actione in factum detracta adversus eam promissorem, qui sine dolo malo rem deteriorem dedit: si neque actione de dolo tenetur, qui dolum non admisit, neque vetere actione ex stipulatu, quam sublatam esse placuit: (quamobrem, de eo postea) sequitur, quod dixi, eum qui in hoc genere actionis ita rem deteriorem dedit omnimodo liberari. Nihil dicitur adversus hanc sententiam aut in hac *L.* 3. *de cond. trit.* aut locis similibus, in quibus traditur, debitorem rem deteriorem dando liberari; nec quidquam de dolo dantis exprimitur. Aut enim id respondetur in bonæ fidei judiciis, veluti commodato, deposito. *L.* 3. *§.* 1. *infr. commod. L.* 1. *§. si res dep.* Quibus in judiciis nec vetere actione liberatur, qui rem quam integram debuit, deteriorem reddit, ut postea dicetur: aut respondetur in actione ex testamento, quæ in hac re superioribus similis est: *L. hujusmodi, §. ædes, de legat.* 1. *L. Mævius, §. in fundo, de legat.* 2. aut si dicitur in strictis judiciis, dicitur nominatim de eo promissore, qui aut ipse rem deteriorem fecit, ut in *d. L. et eleganter, §. non solum, supr. de dol. L. qui sibi, §.* 1. *infr. de sol.* aut servum furte ab alio eluscatum dedit, eluscatum tamen post moram suam, ut hoc loco. Quorum nihil facile ignorare debitor potuit: ut si in hac scientia rem deteriorem ignoranti crędituri dedit, nihil dici possit, cur non dolo dederit. Atque hinc rursum intelligitur, qua conditione pro genere actio-

nis dicendum sit, debitorem, qui rem de-
31 teriorem dederit, non liberari. † Quæ si omnia in unam definitionem conferantur, recte ita dicemus: si debitor rem deteriorem dederit, eum non liberari, ex bonæ fidei quidem judicio his conditionibus duabus: si et ipse ob rem deteriorem factam prius tenebatur, et eam ignuranti dedit; ex stipulatu autem. si ad superiores conditiones hæc etiam accedat. ut dederit ipse sciens et dolo malo. Cæterum si aut non tenebatur prius eo nomine; aut scienti et volenti dedit; aut actione ex stipulatu debitam dedit ignorans et sine dolo: singula sunt ejusmodi, ut in his omnibus liberetur, neque tamen in iis quidquam aut huic loco aut similibus contrarium dicatur.

Postquam debitorem, qui rem deteriorem dedit, supra scriptis conditionibus non liberari constat, sequitur. videamus, qui adhuc tenetur, qua actione teneatur; de quo et ipso, ut dixi, varie scriptum est. Et ut in liberatione ipsa. sic in modo liberationis distinguuntur in hac specie judicia bonæ
32 fidei, et his quædam similia a strictis. † Qui rem bonæ fidei judicio, puta ex venditione. aut depositi caussa, debitam vitio suo deteriorem ignuranti tradit, is nullo modo, ac ne vetere quidem actione liberatur. Ideo vetus actio creditori integra est. qua nihilominus de eadem re recte, ut ante. experiatur. L. *et eleganter*, §. *non solum, supr. de dol. L.* 1. §. *si res, infr. dep.* Quod respondetur hac ratione, quia non videatur eadem res tradi reddive, quæ deterior quam deboit, traditur. *L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res, depos.* Idem receptum in re legata. Ut si homo legatus ab herede vulneratus, aut debilitatus datus sit: placet ita non liberari heredem, ut duret adhuc ex testamento actio, qua recte agatur. *L. hujusmodi*, §. *ædes, infr. de legat.* 1. *L. Mævius*, §. in *fundo, infr. de legat.* 2. Actio quidem ex testamento stricti juris est: *L.* 5. *vers. plone.* juncta *L. alias seq. supr. de in lit. jur.* sed ea, cui fere ea tributa sint, quæ actioni bonæ fidei, cum agitur de cœrcendo herede, quo voluntati heredis citius parcat, ut declaratur in *L.* in *minorum, C.* in *quib. caus. in integ. rest. nec. non est.* et hoc propter favorem supremarum voluntatum, quas publice expedit exitum habere. *L. vel negare, infr. quem. test. op.*
33 *L.* 1. *C. de sacros. eccl.* † Alia conditio actionum stricti juris, excepta actione superiore ex testamento. Nam qui hominem ex stipulatu debitum culpa sua deteriorem ignoranti dedit, non alia actio in eum datur, quam de dolo. Certo argumento, cum actione ex stipulatu priore semper liberari; quia si hæc maneret, non esset de dolo. Huc in *d. L. et eleganter.* §. *non solum, supr. de dol.* An non ergo jam id contrarium huic loco, in qua generaliter definitur: *si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum?* Minime. Aliud est enim non liberari aliquem actione; aliud simpliciter non liberari. Liberatur quidem promissor vetere actione ex stipulatu; at simpliciter non liberatur. qui de eadam re adhuc tenetur. Teneri autem volumus. si non priore actione, at certe de dolo, quod ad retinendam ejusdem rei obligationem sufficit. Sed videndum, quam recte in hac liberatione judicia ista distinguantur. Quod quidem nullo modo fieri posse videtur. cum quod de uno genere statueris ejusmodi sit, quo diversa sententia ut contraria in altero evertatur. Cur enim dicitur. in bonæ fidei judiciis non liberari eum ullo modo, qui rem deteriorem dedit, puta emptam tradidit. commodatam aut depositam reddidit? Nempe ideo. quia proprie dicitur res non reddita, quæ deterior redditur. ut est in *d. L.* 3. §. 1. *infr. commod. L.* 1. §. *si res infr. dep.* Si hoc ita est: licet et de re promissa idem dicere, non videri videlicet servum promissum dari, qui deterior datur. Quod si non datur: quid superest, nisi ut dicamus idem quod supra; nimirum non soluto eo, quod promissum est, idem adhuc deberi. et veterem actionem quæ stipulatione sublata non sit, semper manere? Et plane hoc consequens est. Dices non ita esse, ut proprie videatur res non reddita, quæ deterior redditur: et vere non ita est. Servus enim vulneratus aut debilitatus, etsi non eadem qualitate aut constitutione corporis. nihilominus idem est servus. qui prius fuerat, quique ante debebatur: quia cujus rei species eadem consistit. res quoque eadem existimari debeat, quamvis sæpe commutatis partibus, ut eleganter disserit Alfenus in *L. proponebatur. supr. jud.* Quo fit, ut qui promissum hominem deteriorem dedit, secundum regulas juris liberetur: quia *solutione ejus quod debetur. obligatio omnis tollitur.* Inst. *quib. mod. tol. obl.* in *pr.* At isto modo conantes liberationem superiorem in strictis judiciis statuere, negamus de re deteriore, quod prius de ea affirmabamus. Dicebamus enim non videri rem dari. quæ deterior data esset. Nunc contra dicimus hanc ipsam nihilominus datam videri. et inde contingere liberationem. Quæ cum in eadem re dicantur, quocunque in judicio dicuntur: tamen aientia et negantia videri necesse est, quæ simul vera esse non possint. Et essent ejusmodi re

vera, si uno modo diceretur res deterior in his judiciis eadem, aut non eadem.

34 Sed sciendum est, unam † eademque rem debitam, quæ deterior facta sit, recte dici et eandem, quæ in obligationem deducta sit, et rursum non eandem, diversis rationibus: quarum rationum una spectetur in bonæ fidei judiciis, altera in strictis, natura earum actionum ita exigente. Corpus ipsum et speciem si spectamus, eadem res est, etiam quæ est deterior. Utilitate atque usu si rem æstimamus, proprie non est eadem. Prius spectamus in stipulationibus: corpus dico et speciem rei promissæ, utilitate semota: quia in his tantum debetur, quantum verbis comprehensum est *L. quia, supr. de neg. gest.* §. *ult. Inst. de ob. ex cons.* Stichus autem aut fundus certus tantum promissus hic proponitur. Ideo fundo promisso, placet fructus non venire ne post moram quidem. *L.* 3. §. 1. *infr. de act. em. L. videamus,* §. *si actionem, infr. de usu.* In bonæ fidei judiciis utilitatis rei etiam ratio habetur: quia est ex bona fide, quia ex æquo et bono: cujus in his judiciis præcipue ratio ducitur. Unde in his etiam fructus ex mora accepunt, atque adeo etiam usuræ; aliter in actione ex stipulatu. *L. mora,* §. *in bonæ. L.* 3. *infr. de usu.* Si quid autem est in utilitate rei, est ejus æstimatio, quæ re deteriore facta minuitur. Hæc ratio diligenter notanda est; quæ animadversa etiam discrimen illud expediet, quod jam ante inter hæc judicia in liberatione rei deterioris solutæ ostendimus: ut diceremus in bonæ fidei judiciis, si debitor rem sua culpa deteriorem reddidit, et sine dolo malo, tamen eum non liberari; in strictis judiciis contra, ex *L. et eleganter.* §. *non solum supr. de dol.* Quippe in illis post moram utilitatis ratio habetur. *L. si sterilis,* §. *cum per venditorem, infr. de act. em.* Ea utilitas si spectatur; jam dixi non videri rem reddi, quæ deterior redditur. Quo fit, ut nec sequatur ulla ex parte liberatio. In strictis autem judiciis sola res debetur; utilitas non venit, ne ex mora quidem. *d. L.* 3. §. 1. *de act. em.* Quæ res rursum facit, ut si res deterior data sit, quocunque animo data sit, liberatio contingat; quia solutum est, quod debebatur. Reo autem vetere actione liberatu, non potest is de eadem re actione nova teneri, nisi sit de dolo. Finge dolum a solvente abesse dicendum erit, eum actione ex stipulatu, qua prius tenebatur, liberatum, in totum liberari. Nullane ergo alia erit actio, quæ in hac specie detur adversus eum, qui deteriorem rem solvit, quam aut vetus, ut in bonæ fidei judiciis, aut in strictis de dolo? Apparet ex superioribus, in actionibus in personam nullam esse: cum necesse sit rem quæ deterior data est, videri aut non datam, aut datam esse: ac priore casu maneat vetus actio; posteriore tollatur: eaque sublata nulla supersit actio, nisi de dolo adversus eum, qui decepit.

Quid est ergo, quod † vetere sublata in eadem re, datur in factum, in *L. exhibitionis, C. ad exh.?* In actione ad exhibendum id placuit adversus eum, qui exhibere jussus rem deteriorem culpa sua aut dolo exhibet. Ut actio ad exhibendum arbitraria est, §. *præterea, Inst. de act.* idest, interiectæ inter actiones bonæ fidei et stricti juris, §. *actionum autem, et d.* §. *præterea, de action.* ita non abs re in ea circa hanc speciem media quædam via inter superiores actiones electa est, ut neque hic reus plane teneretur vetere actione, ut ante: neque rursum plane liberaretur, quamvis non nisi culpa, non etiam dolo rem deteriorem exhibuisset. Commune hoc cum strictis judiciis in eo rescripto observare licet, quod si exhibere jussus rem deteriorem exhibet, quamvis non culpa tantum, sed etiam dolo id faciat, tamen placet amplius ad exhibendum agi non posse: ut intelligamus reum vetere actione, qua cum eo actum erat, liberari: quod non alia ex re fit, quam quod exhibita res videtur, quæ petita est, quamvis exhibita sit deterior. At rursum vi ipsa non liberatur: placet enim reum exhibitionis necessitate adhuc teneri, ut rescriptum loquitur, etsi culpa non exhibuerit rem integram: sed et ita teneri, ut nec de dolo actio sit necessaria, quamvis dolo malo deteriorem exhibuerit. Quod jam illi actioni cum judiciis bonæ fidei commune est: in quibus qui deteriorem rem dat, tenetur absolute, etsi culpa id faciat: et si de actione quæritur, tenetur alia, quam de dolo. *d. L. et eleganter,* §. *non solum, supr. de dol.* In quo ergo media ista via est, quam dicimus, aut quomodo inter ista convenit, ut eum, qui deteriorem rem jussus exhibet, liberatum vetere actione dicamus, et simul non liberatum? Medium in eo est, quod neque vetere actione ad exhibendum tenetur, ut in bonæ fidei judiciis, neque rursum de dolo, ut in strictis; sed est actio in factum, qua plane idem consequitur etiam tunc, cum reus *in explendo præcepto judicis culpam tantum commiserit.* Non tenetur vetere actione: quia subtilitate juris, et vi verborum res petita exhibita est, cujus corpus et species exhibita est, etsi deterior. Quam rationem in hoc judicio aliquo modo spectari, naturæ actionis convenit: non enim bonæ fidei est, 35

ut omnia plane contemptis verbis, et subtilitate juris ex bono et æquo æstimentur. Rursum tamen est in factum actio, quæ idem præstet, etiam superiore conditione: quia etsi summo jure liberatur, qui ita rem exhibet, æquitatis tamen ratio aliud suadet, quæ vult aliam rem videri, quæ utilitate et æstimatione alia est. Atque hanc æquitatis rationem actionis ad exhibendum natura ex parte admittit: quippe quæ, ut dixi, arbitraria est. In quo genere si non per omnia eadem potestas judicis est, quæ in bonæ fidei judiciis; at certe est bactenus, ut in bis quam proxime res ex bono et æquo pendatur. *d. §. præterea, Inst. de act.* Hanc caussam esse exhibitionis necessitatis retinendæ, et hujus actionis dandæ eodem effectu, eo rescripto aperte declaratur. In quo diserte scriptum est, quod actione ad exhibendum sublata, saltem actio in factum datur etiam adversus eum, qui culpam in explendo præcepto committit, eo fieri: quia *æquitas exhibitionis id exigat:* exhibitionis, idest, actionis ad exhibendum, qua exhibitio petitur et injungitur. Est enim, ut dixi arbitraria: quod genus is'am æquitatem postulat. *d. §. præterea. L. 4. §. ult. in fin. infr. de eo, quod cer. loc.* At unde hæc actio in factum adversus eum, qui dolo nihil fecit, cum in eo neque contraxerit cum actore, neque delinquerit id, unde actio ex sententia legis Aquiliæ nasceretur? quid enim, si damnum datum est ab alio? Est actio in factum ex eadem caussa, ex qua ad exhibendum. Imo vero hic non alia actio intelligi debet, quam ad exhibendum: ne quis alias caussas hujus actionis requirat. Actio illa quidem non directa ad exhibendum, at utilis: in personam tamen, non ex possessione adversarii nascens, ut directa; sed ex ejus facto, idest, ex eo, quod is male exhibuit. Directam non esse significatur, cum dicitur ad exhibendum agi non posse. Actio enim ad exhibendum directá est. At ad exhibendum saltem utilem competere necesse est, si adhuc reus exhibitionis necessitate tenetur, ut vult rescriptum, et propter æquitatem judicii alia datur, quam vetus. Ea enim utilis est, quæ vetere deficiente, stricto jure propter æquitatis rationem datur, ut est in *L. pen.* quæ sequitur, *d. L. exhibitionis, C. ad exhib. L. eum res, C. si al. res pig. dat. sit.* Non moveor, quod simpliciter dicitur agi hic non posse ad exhibendum, nun autem directa ad exhibendum; et dari actio
36 in factum, non autem actio utilis. † Nam ita usus juris est, ut actio depositi, ex empto, ad exhibendum, et similes absolute dicantur, quæ sunt directæ, non quæ utiles: quæ autem utilis est actio, ea sæpe dicatur in factum. Quod clarius intelligitur in actione legis Aquiliæ, seu damni injuria ex lege Aquilia. Hæc enim multis in caussis simpliciter competere negatur, in quibus datur ex sententia ejus legis in factum, seu utilis. Ubi apparet legis Aquiliæ actionis verbo non aliam intelligi, quam directam, quæ actioni in factum, et utili opponitur: ut in *L. item Mela, §. item cum eo, L. si servus, §. si quis infr. de manumis. L. si servum, §. ult. supr. ad leg. Aq.* Quod attinet ad utilem actionem, et in factum, quæ non ex verbis, sed ex sententia ejus legis dantur; etsi bæc subtiliter distinguuntur interdum, ut in *§. ult. Inst. de leg. Aq.* tamen frequentius confunduntur hæ appellationes apud veteres; et quæ ibi dicitur utilis, ubi quis non corpore suo damnum seu damni caussam dedit, ea non minus alibi dicitur in factum in iisdem caussis ut in *L. item Mela, §. 1. L. si servus, in fin. L. quemadmodum. §. si navis. in fin. L. si quis fumo, in pr. L. boves, supr. ad L. Aq.* Et generaliter ita scriptum est in *L. si servum, §. ult.* eod. tit. *In damnis quæ lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.* Ubi clarum est, *lege Aquilia non teneri* dici, qui non tenetur actione legis directa; verbo autem actionis in factum contineri omnes, quæ dantur ex sententia ejus legis, etiam quæ dicuntur utiles in *d. §. ult. de leg. Aq.* Ac ne res auctoritate egeat, quam actionem in factum Ulpianus vocat in *L. si vero, §. si filio, infr. mand.* hanc Africanus in eadem specie utilem mandati appellat in *L. quidam, 46. infr. de hered. inst.* Ne sit igitur novum in *d. L. exhibitionis*, actionem in factum dici, quæ sit utilis, atque hanc intelligi, quæ sit ad exhibendum; cum et hoc, ut dixi, verba rescripti ostendant, cum dicatur reus et post exhibitionem rei deterioris teneri necessitate exhibitionis, et ad eam rem detur illa actio in factum. Quoniam autem datur hæc actio æquitate judicii suadente, etiam ob culpam ejus, qui rem deteriorem exhibuit; recte visum est, eandem actionem generaliter in hac caussa proponi, ut sit etiam adversus eum, qui dolum in ea exhibitione admisisset, non autem actio de dolo. Nam quandiu alia actio esse potest vel utilis, seu in factum, tandiu de dolo non competit, *L. 1. §. ait, supr. de dol.*

† Restat, videamus, cum re deteriore data 37
non liberabitur debitor; sive tenebitur vetere actione, ut in bonæ fidei judiciis, et actione ex testamento, sive de dolo, ut in stipulatione; sive in factum, ut in actione ad exhibendum re deteriore exhibita: qua de re et ad

quid actio competat. Et cum perinde habeatur, quasi res data, reddita, exhibita non esset: perspicuum est, actionem esse in hoc, ut eadem res adhuc peti possit. Id enim fieret, si res quæ debetur, data omnino non esset. Quod et indicatur in *L.* 1. §. *si res, infr. dep. L. etiam, infr. de sol.* Sed petitio huc spectat, ut actor consequatur, quod sua interest, quod si præstatur, reus absolvendus est. *L.* 3. §. 1. *infr. commod.* Proinde si in totum interest, rem non habere, ut quia venenum servo datum est, fundus legatus ab herede religiosus factus: totius rei præstabatur æstimatio. Quæ referetur ad id pretium, quo potuit antequam res deterior facta est, æstimari. *L. Mævius, §. in fundo, infr. de legat.* 2. Sin rei æstimatio imminuta est tantum, non usus, ademptus: ad hoc solum proficiet actio ut præstetur, quo res deterior facta est. Quo præstito, absolutio sequetur, ut hic significatur in *versic. præcedenti, et in d. L.* 3. §. 1. *commod.*

Ad L. Si res. *ult.*

Cajus lib. 8. *ad Edictum provinciale.*

Si res aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem æstimandam, Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. Si de die nihil convenit: quanti tunc cum judicium acciperetur. Idemque juris in loco esse: ut primum æstimatio sumatur ejus loci, quo dari debuit; si de loco nihil convenit: is locus spectetur, quo peteretur. Quod de cæteris rebus ejusdem juris est.

Responsum plane idem, quod in *L. vinum, supr. si cert. pet.* Ita quod de ejus sententia illic dictum est, etiam de hujus dictum est.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM DIG. DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

SUMMARIA.

1. De eo quod certo loco, *ubi; et cur propria actio; et cur titulus inter condictiones.*
2. *Quæstiones de eo quod certo loco propriæ; quæ magis ad judicium recte instituendum pertinent.*
3. *Hic titulus cur postremus inter condictiones.*
4. *Tituli partitio, et summa.*

QUOD CERTO LOCO dari promissum est (nam de hujusmodi conventione magna ex parte hic agitur. *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *infr. eod.*) de eo condictio est. Si certum promissum; certi, et extra pecuniam numeratam triticiaria, si incertum: triticiaria. Et si quidem eo loco petatur, quo promissum est, non est nova actio, diversa ab eo, quæ ex omnibus aliis stipulationibus certis aut incertis competit: si quidem hoc modo petitur id, quod promissum est, et ita ut promissum est. Ut si de eo tantum hic ageretur, nihil necesse esset novam tractationem de hac stipulatione, deque actione quæ inde datur, instituere; sed sufficeret rem remittere ad condictionem certi, de qua actum est sub *Tit. si cert. pet. L. certi*, et ad condictionem Triti-
1 ciariam, de qua in *L.* 1. *supr. prox. tit.* † Sed si petatur promissum alio loco: quemadmodum placuit utilitatis caussa, etiam in eum locum actionem dari; ita æquitate cogente visum est novam dari: novam non genere actionis, quia et hic certi condictio est, certis rebus promissis; aut Triticiaria, incertis; sed actionis qualitate, quia hic datur et utilis et arbitraria. *L.* 1. *L.* 2. *in pr. hic.* Quamobrem et in hanc partem actio proprium tractatum desiderat. Quod ergo hic propria actio constituta est, hinc et de ea actum separatim. Quod autem et hæc actio condictio est, hinc factum, ut de ea ageretur in hoc argumento condictionum: communione nominis hanc actionem cum præcedentibus coniungente. Quæ una esse videri potest hujus tituli hoc loco collocandi caussa. † Nam si rem de qua agi- 2
tur, et caussam actionis spectamus, nihil hic res et genus caussæ cum precedentibus generibus habet commune: magisque tota hæc quæstio atque hic titulus ad judicia seu ad judicium recte instituendum, quam ad contractus et obligationes pertinet. Quod initio intelligi, ut ad rem ipsam, ad argumentum atque usum hujus tituli cognoscendum conducet: ita efficiet, ne ex hac collocatione aliquid erroris in re ipsa nascatur, quasi titulus cum præcedentibus aut sequentibus aliquid in re conjunctum habeat. Simul etiam rationem expediet variæ collocationis hujus argumenti: quod in Codice *Lib.* 2. et in *Inst. de act.* §. *loco*, in diverso genere rerum tractatum videmus. Cum ergo certo loco dari, quid promissum est, puta Ephesi: observandum est, nihil hic quæri proprie de stipulatione an valeat; nihil de actione, an, et quæ nascatur: si, ut quid promissum est, ita petatur. Commune hoc cum aliis stipulationibus, ut et stipulatio pariter valeat, et si eodem loco petitur, recte agatur, sitque eadem actio, quæ ex cæteris: puta aut condictio certi, aut ex stipulatu, aut generalis illa Triticiaria. Sola

hæc propria quæstio hujus stipulationis: An quod ex conventione certo loco dari debet, id alio loco peti possit; et si potest, qua condictione. Ac prius fieri posse non videbatur, cum ob alias caussas, de quibus in L. 1. tum quod essent ex contractu duo tantum hæc loca, maxime ad aliquem conveniendum constituta, ubi contraxit, et ubi domicilium habet. L. heres, §. 1. supr. de judic. Porro cum quia certo loco dandum est, placet contractum intelligi non eo loco, quo negotium gestum est, sed quo pecunia est solvenda L. 3. *infr. de reb. auct. jud. pos.* Sed tandem placuit etiam alio loco de eo agi posse. *L.* 1. *hic:* ubi pluribus jus hoc totum explicabitur. Quæstio et locus, ut apparet, plane ad actionem recte instituendum pertinens, et ad eam partem jurisdictionis, in qua quæritur, ubi quis agere vel conveniri debeat. Qua ratione recte factum est in Codice, quod hic titulus in argumentum de jurisdictione et foro competenti relatus est, et ad superiorem dubitationem accommodate ita conceptus: *Ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit.* Jam vero priore jure recepto, incidebat res in difficultatem. Videbatur enim id jus adversari juri. De plus petitionibus constituto. Nam quod certo loco promissum est, id petere alio loco, nihil aliud est, quam loco plus petere: quod olim salva actione facere non licuit. §. *si quis agens*, §. *loco*, *Inst. de act.* Quare quod proximum erat, huic incommodo occurrendum fuit. Et occursum est, constituta in eam rem arbitraria actione, qua placuit sic alio loco agi posse, ut id fieret, adjecta alterius loci mentione, atque ejus utilitas reo conservaretur. *d. L.* 1. *C. ubi conveniat, qui cer. loc. dar. promis. d. §. loco, Inst. de act.* Atqui et hæc ipsa pars, etsi per se spectetur, ad judicii et actionis institutionem non minus pertinet. Huc enim spectat, ut efficiatur hoc modo recte agi; recte hoc modo actionem concipi, ne qui agit, plus petere videatur. Qua de caussa rursum et in ea quæstione, quæ est de plus petitionibus, expositus est hic locus a Justiniano in *d. §. loco*, non tantum apte, sed etiam necessario: cum quod illic dicitur, eum qui alio loco petit, plus petere videri, verum non sit sine hac exceptione seu moderatione: extra quam si alio loco arbitraria actione, quæ in eam rem comparata est, agatur Sunt ergo duæ hæ summæ quæstiones hujus stipulationis propriæ, ac totidem juris de eo constituto partes summæ, In quibus hoc argumentum versatur: una de facultate alio loco petendi, quod certo dari promissum est, altera de convenicnte in eam rem actione, ne utilitas debitoris plus petendo offendatur. Quarum utraque quam potius ad judicium et actionem alio loco recte instituendam pertineat, cum ex re ipsa, tum ex hujus argumenti aliis in locis collocatione animadverti puto. Sed tamen quia hæc actio omnis, quæ hic comparata est, ex ista stipulatione datur: etiam ad contractus referri potest; tantummodo ut ne in hac re id quod in contractu est, sed quod extrinsecus ad facultatem alio loco agendi datur, spectetur. Et quia ad hunc quoque casum porrigitur condictio, quæ recte jure ex stipulatione competit: est cur actio referatur etiam inter condictiones. Veruntamen fatendum, si ad contractum referri placeat, non ad alium referri debere, quam ad stipulationem, de qua sub *Tit. de verb. oblig.* Si inter condictiones, ut hoc loco: magis communione nominis id fieri, ut dixi, quam quod res de qua hic agitur, magnopere id ferat. Neque enim verum est, quod Accursius, ait, hunc titulum cum præcedentibus hoc coniuncti habere quod condictiones præcedentes præter conventionem introductæ sint; similiter et actio arbitraria, *De eo quod certo loco:* cum ex præcedentibus pleræque etiam ex contractu competant, ut condictio certi, et triticiaria, nec minus speciales illæ, condictio indebiti, et ob caussam datorum. Nec si verum sit, omnes præcedentes præter conventionem dari: id satis est ad hujus tituli conjunctionem. Alioqui admittemus etiam hoc loco conjunctim dici potuisse de Ædilitio edicto, de actione rerum amotarum, de actione adversus mensorem, de precario, et similibus innumeris, utpote ex conventione aperta non nascentibus; attamen re et caussis obligationis nihil inter se commune habentibus. † 3
Quod inter condictiones hæc condictio postremo loco posita est post condictionem triticiariam, non omnino abs re est. Accepit enim hæc species stipulationis ex præcedentibus condictionibus, in rebus quidem certis condictionem certi: in incertis autem triticiariam: ut merito debuerit post utramque collocari. Nam ut dicamus, quod quidam, conjongi has condictiones, quia recte jungatur condictioni arbitrariæ alia condictio arbitraria, iis convenit, qui triticiariam arbitrariam esse volunt: quod falsum esse superiore titulo suo loco ostendi. Quanquam hoc concesso, ne sic quidem idonea ratio esset ista conjungendi. Neque enim actiones omnes arbitrariæ, quia tales sunt, ideo unum in locum conduci solent, atque adeo conduci absurdum est, si dissimilibus ex caussis nascantur. Alibi de actione, quod metus caussa, alibi de rei vindicatione, alibi de actione ad exhi-

bendum, alibi de interdictis restitutoriis, et aliis innumeris actionibus actum est. Hæc varie: prout erant videlicet non qualitas actionis, sed caussæ, quæ eas actiones cum prioribus aut posterioribus conjungebant, aut ab iis disiungebant. Quemadmodum nec quæ bonæ fidei sunt, uno ordine et contextu tractari solent; sed et in his proponendis caussarum, de quibus agitur, ratio habetur, ac pro earum affinitate et dissimilitudine ita locis et tractatibus aut conjunguntur inter se, aut separantur. Hæc de collocatione hujus tituli paulo diligentius, non tam ideo, ut collocationis ejus quæ hoc loco est, redderetur ratio, quæ in hoc genere sæpe compositoribus defuit, et dum res intelligatur, magnopere requirenda non est: quam ne hæc ipsa collocatio propter conjunctionem locorum etiam, conjunctionem rerum ostentans, in eo ipso nos falleret. Quod consequi aliter non potuimus, quam si judicaretur id, quod hujus loci proprium est: ex quo ut de re ipsa, ita et de vera collocatione ipsius rei cum hoc loco, tum in aliis aliam collocationem sequutis, statueretur.

4 † Nunc dicam de re ipsa, ac quæ sit sententia et partitio hujus tituli, initio breviter indicabo. Cujus summa paulo pluribus exposita in §. *loco*, *Inst. de act.* commodissime comprehensa est in *L. unica*, *C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* his verbis: *Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, arbitraria actione et in alio loco potest conveniri: in quam venit æstimatio, quod alterutrius interfuit, suo loco potius quam in eo, in quo petitur, solvi.* Jus edicto constitutum, non legibus, aut aliis partibus juris, ut ostenditur in *d.* §. *loco*, *in fin. de act.* In hoc jure multa incidunt, quæ quæruntur; quorum explicatio hoc titulo continetur. Itaque hic titulus ejus juris et summæ explicatio est. Quam ut facile et sine errore videre ac complecti liceat, ejus definitionis capita summa observanda sunt, et quid unumquodque postulet, considerandum ac quod cujusque proprium est, ad id referendum. Apparet autem, quod supra dixi, ut in ea petitione de qua agitur, duæ sunt quæstiones, ita juris de ea constituti duas partes esse; unam de facultate alio loco petendi, quod certo loco dari promissum est; alteram de actione in eam rem constituta, quæ sit, et qualis. Facultas hæc est; quod certo loco dari promissum est, id et alio loco petere licere; quod jus pro certo accipitur in *L.* 1. *hic.* Actio in eam rem arbitraria; quæ et utilis dicitur in *d. L.* 1. De facultate alio loco petendi hæc quæruntur. Primum fueritne justa caussa hujus actionis inducendæ, cujus potestas juri et æquitati repugnare videtur. Deinde si recte constituta est, quam late pateat hoc jus; idest, an ex omni conventione liceat petere eodem modo; an liceat statim, et quando; an liceat quovis alio loco sine discrimine. Ratio hujus actionis exposita in *L.* 1. ex qua conventione sit hæc petitio, est in *L.* 2. §. 1. *L.* 5. *et* 2. *seqq.* Quando liceat alio loco petere. in *L.* 2. §. *qui ita.* An licet alio quovis loco, de eo nusquam diserte hoc titulo. Attingetur a me ad *d. L.* 1. De actione quæritur, cur dicatur utilis, de quo in *L.* 1. cur arbitrariæ, et quæ sit conditio et potestas ejus actionis. De quo dicam ad *L.* 2. *in pr.* Agitur autem fere reliquo titulo, maxime autem in *L.* 2. 3. *et* 4.

Ad L. Alio loco. I.

Cajus lib. 9. *ad Edictum provinciale.*

Alio loco quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere: Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare.

SUMMARIA.

1. *Caussa inducendæ actionis alio loco, de eo quod certo loco dari debuit.*
2. ad suum pervenire *quid.*
3. *Ratio Caii hoc loco discutitur.*
4. *Cur utilis: qua alio loco agitur, et quid sit utilis, quid directa.*
5. *Actio utilis de eo quod certo loco, et ipsa condictio est certi, aut triticiaria.*
6. *Alio loco cum agitur, an possit agi alio quovis.*

De eo quod certo loco dari promissum est, tria complectitur. Cajus hoc loco; de eo nimirum comparatam esse actionem, nt id alio loco petere liceat; justam caussam fuisse hujus comparandæ; eam actionem esse utilem. Comparatam esse actionem in eam rem constabat ex edicto, quod ipse interpretabatur, cujus mentio est in §. *loco, in fin. Inst. de act.* quod et nobis non tantum ex hoc loco, sed et ex aliis in quibus id ex professo traditur, multo magis certum est. *D. L. 1. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis. et d. §. loco, de act.* Ideo hic non laborat, sed solum id attingit, quod in jure constituto quærendum fuit, quam recte fuerit contitutum, ne aut nulla necessitate, aut certe inique jus a prætore de ea re propositum videretur; tot enim fuerunt, de quibus
1 hic initio potuit dubitari. † Ac primum quæri potuit, quid fuerit necesse, hanc actionem proponere, cum ex ista stiipulatione jure civili actionem esse constaret? His Cajus occurrens ostendit, actionem fuisse, si quis secundum formam stipulationis eodem loco ageret; at ut peteretur alio loco, non fuisse agendi facultatem. Quo innuitur, si quis in eam rem actionem esse vellet, non supervacuam actionem. sed necessariam fuisse. Sed non est satis ad actionem aliquam proponendam, nullam ante de ea re fuisse, nisi etiam jure ea actio proponi debuerit. At hic non modo ante edictum alio loco agendi facultas non fuit, sed nec videbatur ea facultas competere, inquit Cajus; atque adeo ne nunc quidem videtur competere debere, ut nec in eam rem proponi actio potuerit, nisi injuria. Argumenta hæc sunt. Non potest peti, quod non debetur: cum non sit actio, nisi jus persequendi ejus, quod nobis debetur. *L. nihil, infr. de obl. et act. Inst. de act. in pr.* Quod autem certo loco dari promissum est, id alio non debetur, quia extra stipulationem est. Quinimo cum reus certum locum, ubi solvere deberet, stipulatori concessit, hoc ipso cætera ubi cogi posset, excepisse videtur. Arg. *L. maritus in fi. C. de proc. L. si cum dotem, infr. sol. mat.* Proinde alio loco peti non potest. Item: Non debet quod debitori quæsitum est, ei invito auferri *L. ult. supr. de pact.* At cum quid certo loco dari promissum est, quæsitum hoc est debitori, ut constituto loco posset solvere, si vellet. Quare hæc utilitas et commoditas solvendi alterius loci petitione ei adimi non debet. Hæc dictat æquitas, etsi jure aperto hic destitueremur. Nunc autem et juris ratio idem efficit, ne de eo quod quis certo loco se daturum promisit, alio loco possit conveniri. Quod enim supra initio attigi, duo tantum loca sunt, in quibus jure conveniri quis possit ex contractu: ubi domicilium habet, et ubi contraxit. seu gessit quid, unde obligatio oritur. *L. heres. §. 1. §. pen. supr. de jud. L. 1. L. 2. L. 3. infr. de reb. auct. jud. poss.* Cum autem certo loco dari quid promissum est contractum accipitur non eo

loco, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia. *d. L.* 3. *de reb. auct. jud. pos. L. contraxisse. infr. de obl. et act.* Unde et jure extra domicilium is solum locus est, ubi quis conveniri et se defendere debeat. *d. L.* 1. 2. *et* 3. *de reb. aut. jud. pos. d. L. heres.* §. *ult. supr. de jud.* Et hæc Cajus sensit, ac sentiens ita diluit, ut fateatur, quod certo loco dari promissum est, non videri alio loco peti posse: atque adeo jure summo re vera peti non posse. Sed huic juri æquitatem opponit, qua fiat, ut ab eo jure ad modum edicto constitutum merito discessum sit. *Iniquum erat*, inquit, *non posse stipulatorem ad suum pervenire*. At hoc eventurum esse vult, si alio loco agendi facultas non erit: quoniam fieri potest, ut promissor ad eum locum, in quem daturum se promisit, nunquam accedat, inquit: vel quod data opera id faciat, vel quia aliis locis necessario distringatur. Ex quo vult intelligi æquum fuisse, ac recte visum esse, actionem in alium
2 locum comparari. † Quo loco obiter in verbis notandum est, quod ait, *non posse stipulatorem ad suum pervenire.* Ubi suum aperte dixit, sibi debitum, nempe ex stipulatione: usitato loquendi more Latinorum, et maxime nostrorum. Quomodo dicitur creditor suum consequi, suum recipere, qui sibi debitum consequitur, recipit. *L. cum duobus.* 52. §. *idem respondit socius, infr. pro soc. L. si non sortem,* §. *libertus. in fi. supr. de cond. ind. L.* 6. §. *apud, infr. quæ in fraud. cred.* Quomodo et illud in præceptis juris, suum cuique tribuere. *L. justitia, supr. de just. et jur.* Ubi constat suum dici, non tantum quod proprie alterius est, sed etiam quod cuique debetur, de quo tribuendo maxime jus constitutum est. Cic. in *Quint. Quid? hoc quo pertinet? an ut ocyus ad tuum pervenias?* ad tuum, idest, ad pecuniam tibi debitam. Sequitur enim e vestigio: *Quid a nobis, C. Aquili, refertur? pecuniam petis: negamus deberi.*
3 Sed hoc, ut dixi, obiter in verbis. † Redeo ad responsionem superiorem Caii: quæ nonnihil animadvertenda est. Nam partim verum esse non videtur, quod sumit: partim si maxime verum sit, non videtur rem expedire. Quod ait, iniquum esse, si stipulator ad suum pervenire non possit facto promissoris, verissimum est, et certa ratione æquitatis, ac certis regulis juris efficitur. Nam cum nulli jus suum detrahi aut iniqua conditio inferri debet: *L.* 2. *supr. de iis qui sunt sui vel. alie. jur. L. non debet alteri, infr. de reg. jur.* tum vero indignum est creditori detrahi a promissore ipso, ut hic facto suo liberetur; cum huic potius factum suum, quam adversario nocere debeat. *L. si servum.* §. *videamus, infr. de ver. ob. L. factum infr. de reg. jur.* Illud verum non videtur, quod significat si promissor non veniat in locum constitutum, eventurum ut stipulator ad suum non perveniat. Nam quod certo loco dari promissum est, eo loco peti posse constat, et debitorem eo loco conventum ibi se defendere debere. *d. L. heres.* §. 1. §. *pen. de jud.* Nec ad rem pertinet, quod promissor ad eum locum nunquam accedet. Sive enim præsens erit, sive absens, illic se defendere jubetur: qui si non defendetur, patietur bona possideri. *d. L. heres, in pr. et* §. 1. Atque hic possessionis exitus, ut transacto tempore legitimo bona distrahantur, unde non minus creditori satisfiat, quam si cum debitore judicio actum esset. *L. cum proponas, C. de bon. auct. jud. poss.* Sed hæc non faciunt, ut propterea creditor eodem loco agendo facile adversus absentem nec defensum jus suum consequatur. Primum fieri potest, ut debitor in eo loco, in quem se daturum promisit, nulla bona possideat. Tum autem ut possideat, interest creditoris potius judicio experiri cum debitore, quam superiorem ordinem sequi: ut scilicet judicio constare possit, illum vere debitum petiisse, nec voluisse per calumniam opprimere eum, qui non defendebatur. Ita semper relinquitur, quod Cajus sensit, ubi promissor ad locum constitutum non accedat, non posse creditorem facile eo loco jus suum consequi. Sed ut horum utrumque concedatur: non tamen statim efficitur, ideo fuisse actionem proponendam. Quid enim, si isti æquitati alia æquitas non minor, aut etiam major opponitur? At prius dicebamus alio loco agi posse non videri, quia et contra jus esset, et quia eo modo jus suum promissori auferretur. Quod profecto multo minus concedendum est, quam ne suum auferatur stipulatori: quia favorabiliores sunt rei, quam actores: unde et ad liberandum procliviores esse debemus. *L. favorabiliores, infr. de reg. jur. L. Arrianus, infr. de obl. et act.* Quid igitur ad eam rationem dicimus? Et de jure respondeo id quod paulo ante: ut alio loco peti non possit; quia eo non debeatur nec sit constitutum, fieri quidem jure, sed summo: quod tum iniquum esse incipit, si dum hoc retinemus, stipulator ad suum pervenire non possit. Hactenus enim consulendum est reo, dum ne injuria fiat stipulatori. *L.* 5. *in fin. infr. de ver. ob.* Quod autem dicimus, utilitatem alio loco solvendi reo multo minus adimendam esse: ita æquum est, ut

mutari non debeat. Sed nec actione in alium locum constituta hæc utilitas reo adimitur, ut est conditio actionis in cam rem comparatæ. Comparata est enim actio, non ut alio loco peti possit a promissore simpliciter; sed ut sit de eo actio arbitraria, idest ea, qua æstimetur, quanti promissoris intersit, suo loco potius solvi, quam in eo in quo nunc convenitur, ut traditur in *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom. d. §. loco, Inst. de act.* Unde apparet in hac actione alio loco proponenda sic a prætore creditori consultum esse, ut nihil propterea de utilitate debitoris decederet, quæ nihilominus ei salva est. Ita est utiliter et non dubia æquitatis ratione hæc actio a prætore constituta: quod Cajo probare hoc loco propositum est.

4 Quod de actione hic notandum esse diximus, hanc ille † utilem vocat. An ut intelligamus cum Accursio efficacem? Non potuit hoc verbum isto sensu hoc loco nisi inepte et otiose adjicii: comparatam enim hanc actionem esse ait. Hoc dici satis est, ut intelligamus utiliter et efficaciter comparatam. Primum: quia jure comparata est et edicto; cujus, ut reliqui juris vis et auctoritas publica est, idest, ea cui parendum sit, quæ in eo quod constitutum est, omnes cives, teneat. *§. prætorum, Inst. de iur. nat. gen. et civi. L. 2. supr. de legib.* Deinde quia etiam vi verbi ea actio non competit, ac ne actio quidem est quæ utiliter non competit: cum non sit actio, nisi quæ jure persequitur judicio id, quod nobis debetur. Et ideo recte apud Justinianum in *§. sed et istæ et seq. Inst. de act.* cum dicitur, prætorem moltas actiones ex sua jurisdictione comparatas habere, et in eo genere proditam Publicianam; non dicitur hanc aut alias efficaces comparatas esse, proditasve, sed simpliciter comparatas, proditas; quia scilicet non fuit mettendum, ne si jore proditæ sint, quisquam putaret inutiliter et inefficaciter proditas: at si competunt, alio modo competere posse, quam utiliter. Non dubium utilem dici hanc actionem usitato more, quo utilis directæ opponitur: *§. ult. Inst. de leg. Aq. L. actio, supr. de neg. gest.* ut sit utilis, non directa: consimili plane exemplo et ratione, qua et Publiciana actio, quæ itidem præter rationem juris civilis edicto prætoris proposita est, utilis esse significatur in *§. namque* Inst. de act. *Qui dominus non est,* inquit Justinianus, is etsi rem ex justa caussa et bona fide accepit, *nullam tamen directam actionem habet ad rem persequendam.* Nullam directam, quia nullam jure civili: *quoniam,* inquit, *ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet: Attamen ei qui ita possessionem nactus sit proposita est in rem actio edicto prætoris Publiciana.* Cur præter rationem juris civilis? *quia sane,* inquit, *durum erat eo casu deficere actionem.* Ubi durum intelligitur id quod in *hac. L.* dicitur *iniquum* ut in *L. illud supr. de pet. hered.* Qualis autem hæc actio? directa an utilis? Et cum prius negasset directam in eam rem competere posse: restat, ut quæ hic proposita est, sit ea, quæ utilis dicitur, intelligaturque utilis, non efficax, sed quæ non sit directa. Ergo Publiciana in rem actio, quia præter rationem juris civilis comparata est a prætore utilitatis caussa: fit ut dicatur utilis, significeturque hoc verbo non directa. Porro concurrunt in actionem arbitrariam, de qua agimus, eadem omnia: nam et ei qui certo dari quid promisit, extra eum locum directa actio et jure civili ex stipulatione esse non potest. Veruntamen etiam in alium locum, in quem deficiebat jure civili, comparata est actio a prætore hoc edicto, et quidem eadem ratione: quia scilicet æquum erat, quia utilitas id postulabat. Ex quo necesse est, quæ hic actio est proposita, eodem modo utilem dici, ut sit et ipsa utilis, quæ opponatur directæ illi, quæ suo loco agenti competit. Utraque utilis ideo, non directa, quia directam vocamos, quæ recta ex verbis legis datur, seu ad quam verba legis diriguntur, ut ex his competat; utilem, quæ deficientibus verbis datur ex sententia legis, æquitate et utilitate ita suadente, unde utilis nomen. *§. ult. Inst. de leg. Aq. L. quia. L. quoties. infr. de præs. ver.* Talis est autem otraque actio superior, qualem utilem modo descripsimus. Nam verbis legis neque in rem actio est ei, qui rei dominus non est; neque ex stipulatione ei, qui certo locos dari stipulatus, contra quam stipulatione cautum est, alio loco petit. *L. quidquid infr. de verb. obl.* At sententia et mens legis ad utramque speciem pertinere videtur: quia æquum sit, et illic actionem in rem, et hic arbitrariam alio loco petenti admitti. In hac quidem arbitraria evidentius: quod qui vult pecuniam certo loco promissam eo loco solvi et peti posse, quod fit in directa actione, idem vult omnia, sine quibus eo loco exigi non potest. Arg. in *L. 2. supr. de jurisd.* Jam autem intellectum est, pecuniam recte exigi non posse, nisi licebit etiam alio loco petere. Quapropter et hoc velle jus civile putandum est. Quam sententiam prætor interpretatus apertius hoc edicto confirmavit, actionem nominatim in eam rem proponendo: unde actio utilis. Idque est, quod dicitur in *L. nam*

ut ait. supr. de legib. *quoties lege aliquid introductum est: bonam occasionem esse, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri:* ut hic factum est jurisdictione prætoris. Nam quæ sunt edicto prætoris introductæ actiones, eæ ex prætoris jurisdictione esse dicun-
5 tur. *d. §. namque Inst. de act.* Illud † monendi sumus, actionem hanc quæ ex stipulationis caussa datur, etsi dicitur utilis, non eo minus tamen intelligi debere esse condictionem certi, aut Triticiariam: quas alioqui actiones ex stipulatione recta esse dicimus. Quin potius eo verbo condictiones istæ hoc ipso accipiendæ sunt, quia actio hæc ex stipulatione utilis dicitur. Nam quæ ex aliqua caussa actio utilis est, ea est, quæ ex ea caussa nomine certo competit; sed cum adjuncto, ut dicatur utilis: ut puta, est aliqua utilis ex mandati caussa: ea dicitur Africano mandati actio in *L. quidam, infr. de her. inst.* sed ita, ut paulo post subjiciat, intelligere se non vulgarem et directam, sed utilem. Quocirca et in specie proposita ex stipulatione alio loco agenti utilem actionem esse intelligemus; condictionem tamen sive certi, sive triticiariam, aut si quæ sunt aliæ actiones certæ appellationis, quæ ex stipulatione directo competunt. Quam caussam fuisse initio diximus, cur hic titulus hoc loco collocaretur, nempe inter condictiones: ipse ejusmodi, in quo et condictionis nova species, nimirum arbitrariæ proponatur.

Hoc constituto, ex ea stipulatione qua quid certo loco dari promissum est, actionem esse, qua et alio loco agi possit: quæsita sunt illa, de quibus dixi initio; an ex omni conventione ejusmodi eodem modo agi possit alio loco; an statim; an alio quovis loco sine exceptione. De primo, et secundo quia propriis locis agitur, postea; de illo in *L.* 2. §. 1. de altero in *d. L.* 2. §. *qui ita*: nihil
6 necesse est hoc loco attingi. † Tertium, an quovis alio loco agi possit, quia nusquam de eo quidquam scriptum est hoc titulo, visum est hoc loco ut ad facultatem alio loco agendi pertinens exponere. Nascitur autem hic dubitatio ex contrariis locis. Nam in *L. heres, §. ult. supr. de judic.* scribitur, eum qui promisit aliquid se soluturum in Italia, cum in provincia domicilium haberet, utroque loco conveniri posse, et in provincia, et ubi domicilium habet. Ut intelligamus aliis locis agi non posse. Contra in *L. eum qui insulam, supr. de judic.* et in *L. si duo, §. 1. infr. de const. pec.* scriptum est: *quovis loco et ubique peti posse, quod suo loco datum non est.* Et probo Joannis, Azonis, Accursii sententiam, quæ et vulgo magis recepta est, in posterioribus locis duobus illa, *quovis loco et ubique*, sic interpretanda esse: quovis loco idoneo: seu *quovis*, idest, et in eo, ubi dari debuit, et alio etiam; eo tamen, in quo si locus adjectus stipulationi non esset, debitor conveniri potuisset. An quod cum in honoribus jubentur præferri certæ conditionis homines; hoc sic acceptum est: si idonei sunt? *L. ut gradatim, §. 1. infr. de mun. et hon.* quo argumento vulgo utuntur. Sed nimis infirmum hoc argumentum est. Scimus enim natura quosdam homines ad honores gerendos non esse idoneos, quos nulla lex possit idoneos efficere. At omnia loca possunt idonea esse ad aliquem conveniendum, si quidem lex idonea esse velit. Itaque hoc etiam nunc quæretur de illis locis superioribus, an lex velit esse tantum idonea, necne, cum verba efficiant, *quovis loco*, idest, omnibus locis agi posse. Quam ob caussam non miror, si eum aliud argumentum istius sententiæ Bartolo non occurreret: ipse alios quosdam secutus, dissenserit, putaveritque quovis alio loco idoneo et non idoneo agi posse; etsi ad argumentum dissolvendum ne ipse quidem satis firmi quidquam attulerit. Sed nihilo secius probandum videtur, eum qui certo loco dare promisit, si ibi non solvat, non posse aliis locis conveniri, quam aut in quo ipso dare debuit, in quo et contraxisse intelligitur, aut in eo ubi domicilium habet. Ejusque sententiæ argumenta hæc sunt propemodum explorata. Absurdum est plus tribui ei creditori, qui stipulatus est uno tantum loco sibi dari, quam qui nullo adjecto loco infinite ac proinde omnibus quodammodo locis dari stipulatus est. At nullo loco solvendi adjecto stipulatus, non potest nisi his duobus locis experiri, ubi contractum est, et ubi reus domicilium habet. *d. L. heres, §. 1. et §. ult. sup. de judic.* Multo igitur minus aliis locis experiri poterit, qui ex stipulatione unum tantum locum habuit. Sed et hoc eo magis dicendum est, quod certi loci adjectio, si per se spectetur, jus stipulatoris minuere debuit, et detrahere, quod sine loci adjectione habere potuisset. Nullo enim loco adjecto stipulatus duobus saltem illis locis superioribus agere potuit: loci autem adjectio facit, ut possit uno tantum, nempe eo qui adjectus est. Nam alio loco nec ante agi posse videbatur, ut hic scriptum est: neque adeo summo jure agi poterat secundum conventionem et formam stipulationis, ut supra docuimus. An non igitur plusquam absurdum est, loci adjectionem, quæ vi sua comparata est ad minuendum jus stipulatoris in agendo, illi

ad jus ejus augendum in ea re prodesse, ut agere possit locis omnibus, qui nullo loco adjecto, duobus tantum agere potuisset? Quod minime recipiendum est. Id etiam efficitur hoc modo: Ubi quid certo loco dari promissum est, negari non potest, quin extra locum constitutum perinde haberi debeat, quasi nullus locus stipulatione esset comprehensus, ut et revera nullus comprehensus est. At si nullus comprehensus esset, creditor experiri non posset aliis locis, quam illis duobus, quæ supra diximus. Proinde extra locum constitutum aliis experiri non poterit. Si auctoritas hujus sententiæ quæritur, est in *d. L. heres*, §. *ult. infr. de jud.* ubi certo loco dandi adjecto, superiora illa duo loca ad agendum tantum statuuntur. Sed opponuntur nobis illa verba, *quovis loco, ubique*. Et fateor si quis significationem verborum sequatur, verba sic accipi posse: ut significetur, posse agi ubique locorum, ubi creditori commodum erit, aut videbitur, etiam in quibus reus nec domicilium habeat, nec contraxerit. Sed cum intelligitur, qua mente quid scriptum sit, id intuendum et sequendum est, non verba captanda, ut bene monemur in *L. pen. supr. ad exh.* Quid autem hic senserint veteres superioribus verbis, sumendum est ex eo, quod ante in hac re dubium fuit. Prius non dubitabatur, an de eo quod certo loco dari promissum est, reus conveniri posset quibusvis locis etiam jure non constitutis; sed an posset conveniri alio loco, quam in quem sibi creditor dari stipulatus esset, quod nec licere videbatur, ut diserte hic Cajus scribit. De hac quæstione respondentes veteres, quid aliud sensisse existimandi sunt, quam definitionem accommodasse ad id, de quo quærebatur, et ostendere voluisse, quod prius fieri posse non videbatur, id fieri posse, non impediente forma stipulationis? Plane isto modo: cum omnis non inepta responsio ad interrogationem accommodetur, nec feratur longius. Arg. in §. *præterea, Inst. de inut. stip.* Quapropter respondentes quovis loco agi posse, intelliguntur hoc dicere, agi posse non eo tantum loco, in quem promissum est, sed et hoc, et alio, quo potuisset agi, si nullus locus adjectus esset. Num ergo et alio quovis, etiam in quo sine loci adjectione agi non potuisset? non hoc sic ex mente auctorum accipi potest. Primum quia de eo ante non quærebatur, et de re in quæstione posita respondebant. Deinde quia ut ante dixi, hoc per se plusquam absurdum est, loci adjectionem, quæ jus stipulatoris in agendo minuere debebat, ad jus ejus augendum illi prodesse: quod hic futurum esset, si is qui sine loci adjectione dari stipulatus, certis tantum et constitutis locis agere potuit, loco certo comprehenso quo illi solvi deberet, agere posset locis omnibus, quibus liberet: quod nunquam Jurisconsulti dicerent. Ut autem certius statuamus, mentem eam esse auctorum, quam dixi, consideretur, quis sit auctor duorum istorum locorum, *L. si duo.* §. 1. *infr. de pec. const.* et *L. heres.* §. *ult. supr. de jud:* quorum in altero ubique agi posse, in altero eadem in specie duo, illa tantum loca statuuntur, domicilii et contractus. Et sunt ambo Ulpiani. Quamobrem, hoc dubium esse non potest, quin quod ille in uno ubique agi posse dixit, is sibi consentiens ad alterius loci sententiam accommodate dixerit: præsertim cum de jure certo, arbitrariæ hujus actionis ageretur. At enim, inquit hoc loco Bartolus, si intelligimus extra locum dandi stipulatione comprehensum non posse agi nisi in eo, in quo reus domicilium habet, inutilis erit concessio hujus actionis: cum et jure communi extra locum contractus, eodem illo loco domicilii agi possit, et ante potuerit. *d. L. heres*, §. 1. *de jud.* Nunquam autem sit concessio in legibus accipienda est, ut sit inutilis. *L. 1. infr. ad municip.* Recte ille: si quidem ante constitutionem hujus actionis de eo quod certo loco dari promissum est, alio ullo loco agi potuisset, etiam eo, in quo reus domicilium haberet. Sed errat in eo, quod id licuisse in hac specie existimat. In quo aperte verbis hujus loci convincitur. *Alio loco*, inquit Cajus, *quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere*, ergo nec in eo, in quo reus domicilium habuit. Qua de caussa si alio loco idoneo agi posse vellemus, necesse fuit actionem in eam rem comparari. Quod et hic factum est edicto prætoris.

Ad L. *Arbitraria*. 2.

Ulpianus *lib.* 27. *ad Edictum*.

Arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei. Quod si rei interest, minoris fit pecuniæ condemnatio, quam intentatum est: aut si actoris, majoris (pecunia) fiat.

SUMMARIA.

1. *Arbitraria actio de eo quod certo loco promissum est, si alio loco petitur, cur arbitraria dicta, et quæ hic arbitrio judicis committantur.*
2. *Arbitraria actio de eo quod certo loco, ut rei, sic et actoris utilitatem continet: et hoc quid sit.*
3. *Utilitas actoris in hac actione tunc æstimanda, cum debitor moram fecerit, quominus suo loco solveret.*
4. *Mora a debitore quando fieri intelligatur, quominus suo loco solvat.*
5. *Utilitas actoris nec tunc æstimanda, cum neuter in mora fuit, et quando id accidat.*
6. *Utilitas rei in hac actione semper æstimanda, sive moram non fecerit, sive fecerit.*
7. *Utilitas utriusque æstimanda, cum alio loco agitur, si utriusque intersit et mora in solvendo facta a debitore.*
8. *Utilitati litigatorum æstimandæ, cum alio loco agitur, quæ sententia judicis conveniat.*

Ut alio loco peti possit, quod certo loco dari promissum est, comparata est actio utilis, ut supra scriptum est in *L.* 1. † Ea est arbitraria. *L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. pro. §. loco, Inst. de act.* Hanc intelligit Ulpianus hoc loco arbitrariam actionem nominans, ae quorum utilitatem contineat, quove modo in ea hujus utilitatis ratio quam commodissime habeatur, sententia judicis, initio hic docet. Horum utrumque sic recte intelligetur, si breviter indicaverimus, quod est primum in hac actione, unde ita dicta sit; quod sit hoc arbitrium, in quo illa versetur; et quæ ejus arbitrii partes: quod non minus ad reliqui tituli explicationem pertinet. Ac de arbitrariis actionibus in universum dicetur alibi commodius, ubi de hoc genere ex professo agitur, et in *§. præterea, Inst. de act.* Nunc quid sit proprium hujus actionis, quærimus. Arbitraria hæc actio dicta est, quod in arbitrium judicis referatur, ut est in *L.* 3. *infr.* vel, ut alibi, quia æstimationis ratio arbitrio judicis committitur. *L. centum, infr. eod. d. L.* 1. *ubi conven. qui cer. loc. dar. prom.* Duo sunt autem, quæ in hoc arbitrio judici committuntur. Primum, ut æstimet, utrum reus alio loco conventus absolvi debeat, an condemnari: quoniam interdum absolvi eum æquum est propter eas caussas, quæ referuntur in *L.* 4. *§. ult. infr. eod.* ubi dicetur. Alterum, ut æstimet, quanti rei intersit suo loco potius solvi, quam in eo, ubi convenitur: quia scilicet utilitas loci per stipulationem quæsita ei adimi non debet: quam ob caussam potissimum arbitrariam hanc alio loco petenti propositam esse constat. *d. §. loco*, illic, *propter quam*, Inst. *de act.* † Id cum rei caussa comparatum sit: quæsitum est, si quid interesset actoris, loco constituto potius accipere, quam in eo, in quo agitur, an id etiam æstimari deberet in hac actione. Et tandem obtinuit id quoque esse æstimandum, ut declaratur hac *L.* 2. *§. ult. ver. Julianus.* Id vero est, quod Ulpianus initio hic definit, *arbitrariam actionem utriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei:* quasi diceret, rei quidem citra controversiam, utpote cujus potissimum caussa proposita sit alio loco actio arbitraria; sed tamen et actoris, quod et postea admissum est. Ex quo est et illud *d. L. unicæ, C. ubi conven. qui cer. loc.* in hanc actionem venire æstimationem, quod alterutrius interfuit, suo loco potius, quam in eo, in quo petitur, solvi. Utilitatem vocat Ulpianus id ipsum quod utriusque interest, quo verbo posteriore utitur *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc.* quomodo et ipse statim post utilitatis verbum interpretatur hoc loco: et apertius in *§. ult. ead. L.* Quibus in rebus posita sit hæc utilitas rei, seu quod ejus interest suo loco potius solvere, declaratur in

L. 3. *infr.* Quibus in rebus utilitas actoris, suo loco potius accipere, est in hac *L.* §. *ult.* de quibus suo loco. Nunc hoc postulat superior sententia, ut explicetur, an semper in hac actione utilitas actoris æstimanda sit, an semper rei. Quid enim, si ipsi moram fecerint: ille quominus suo loco acciperet; hic quominus suo loco solveret? an non iniquum videatur, alterutrum id damnum sibi petere præstari, in quod ipse sua culpa incidisset? at hic nihil distinguitur. Rursum quid, si neuter in mora fuerit: an non jam contra æquum sit, utriusque rationem haberi? Quærendum et illud, si utriusque simul intersit suo loco solvi, an pariter sit æstimandum, quod utriusque interest: nam hic scriptum est, utriusque utilitatem æstimari; alibi alterutrius, ut *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* alibi quod idem valet, rei vel actoris, ut in *L. centum, infr. eod.* Quæ explicanda sunt. Et in his nihil verius, quam quod de sententia Joannis, repudiata Irnerii et Placentini sententia Accursius hic sequitur, et vulgo quoque probatum est, cujus hæc est summa: actoris quidem rationem habendam; sed ita, si mora a debitore facta sit, quominus suo loco solveret; rei autem semper, sive in mora prius fuerit, sive non fuerit. Quod si quando actoris ratio habenda sit: eventurum, ut si rei quoque intersit, simul utriusque ratio haberi debeat.

Quod quia non probatur omnibus, demus operam, ut vera sententia recte confirmetur.
3 † Dicimus igitur quod hic scriptum est simpliciter, itemque in *L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* in hac actione etiam actoris haberi rationem, seu æstimandum esse, quod actoris interest, suo loco pecuniam solvi, sic accipiendum esse ex aliis locis: si per reum steterit, seu si is moram fecerit quominus suo loco solveret. Ad hanc creditoris utilitatem æstimandam Ulpianus moram exigit in hac ipsa *L.* 2. §. ult. *actoris utilitas*, inquit, *veniet. Quid enim, si pecuniam trajecticiam dederit. Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt, aut pœna commissa mora tua?* Quæ interrogatio nihil aliud exprimit, quam actoris utilitatem venire hac conditione, si superiora damna contigerint mora tua, idest, debitoris. Hujus ipsius moram ad hanc rem exigit et Africanus in *L. centum, infr.* eod. *Nec oportebit*, inquit, *fidejussoris obligationem augeri, quod forte per reum steterit quominus centum debita, Capuæ*, loco nimirum constituto, *solverentur.* Cur non dixit, si reus centum Capuæ non solverit, sed addidit: *si per reum steterit, quominus centum Capuæ solveret?* ut significaret hoc modo solum ipsius rei principalis obligationem augeri, si ipse in mora fuerit, quominus solveret: atque hinc videlicet justam dubitationem esse, an saltem hoc casu augeretur ex ejus persona obligatio fidejussoris: quod ille negat. Augeri autem vel rei vel fidejussoris obligationem intelligit, eum æstimatur, quod actoris interest, pecuniam Capuæ potius solvi, ut in eo responso præcedit. † Tunc per debitorem fieri, 4
tunc per eum mora esse intelligitur, quominus suo loco solvat, non simpliciter cum non solvit; sed cum stipulator fecit pro se, ut acciperet: puta, in locum constitutum venit, aut ibi suo nomine habuit, qui transacto justo tempore pecuniam ibi recte acciperet; debitor autem aut ibi præsens interpellatus solutioni non satisfecit: *L. mora, infr. de usur.* aut eo non venit, vel ibi sui copiam non fecit, ut ita neme esset, qui ibi conveniretur. *L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Itaque his casibus alio loco agente stipulatore utilitatis ejus ratio habebitur. Et merito: moram enim suam reo nocere æquum est. *L. in condemnatione, §. unicuique. infr. de reg. jur.* At nisi id fit: si superior conditio de mora rei recte addita est, de quo inter omnes convenit: actoris utilitas in hac actione non æstimabitur. Proinde illud constat, si per eum stetit, quominus suo loco acciperet, cum scilicet debitor in locum constitutum venisset, aut procuratorem eo misisset, ibi autem aut creditor non accepisset oblatam pecuniam, aut non esset inventus cui recte solveretur: tum sane utilitatem actoris non venire: idque multis de caussis: Primum quod unicuique mora sua nocere debet. *d. L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur.* Deinde quod si ei nocere non volumus, at certe non debet nocere alteri. *L. factum cuique, infr. de reg. jur.* Postremo quod non recte postulat æstimari, quod sua non interest. Nihil autem in hac caussa interesse ejus videtur. Quidquid enim hic damni est, quod pecuniam suo loco non accepit, culpa ejus est. Quod quis sua culpa damnum sentit, sentire non videtur. *L. quod quis ex sua, infr de reg. jur.* Sed hoc ideo quia per creditorem factum sit, quominus pecuniam suo loco acciperet, non quia per debitorem, quominus solveret. † At quid, si nec creditor 5
moram fecit, nec debitor? finge neutrum venisse in locum constitutum, aut cum ambo ibi essent, debitorem a creditore appellatum non esse. Quorum neutrum cum intervenit, mora fieri non intelligitur, *d. L. mora, d. L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Et si nobis

constare volumus, dicendum est, sic a debitore moram exigi ad utilitatem actoris æstimandam: ut si a debitore mora absit, acturis utilitas non æstimetur, quamvis nec ipse actor moram fecerit. Hoc superiori illi conditioni consequens est. Nam si acturis utilitas venit hac conditione, si per debitorem mora sit, quominus suo loco solvat: dici debet contraria conditione, idest, si in eo mora non fuerit, acturis utilitatem non venire. Hæc collectio est in *L. 1. vers. hujus, supr. de offic.* hæc eadem in *L. si quis, in fin. infr. de act. empt.* Ita fit, ut utilitatis actoris æstimationem in hac actione duæ res excludant: mora quidem ejus citra controversiam: sed non minus et sine mora ejus, si dici possit debitorem moram non fecisse.

6 Diversa † caussa debitoris in actione arbitraria, cum de utilitate ejus quæritur. Dicimus semper æstimari, quanti ejus interest suo potius loco solvere, quam in eo in quo agitur, non tantum si per creditorem mora fuerit, quo minus pecuniam suo loco acciperet, cum forte paratus fuisset debitor ibi solvere; sed etsi mora in creditore nulla fuerit. Plus dicimus, id æstimari, etsi creditore providente, ut pecuniam eo loco acciperet posset, per debitorem solum sterit, quominus illic solveret. Hoc quidam absurdum putant. Sed neque quidquam æquius, et pene diserte traditum est in *§. loco, Inst. de act.* Loco enim solvendi adjecto consequitur reus ejus loci utilitatem ex stipulatione. Hanc illi adimi non posse alio loco agendo, ac propterea alio loco petenti arbitrariam actionem propositam esse, in qua ratio habeatur utilitatis ejus, illic scriptum est. Hoc nihil æquius. Quinimo ex natura et principiis juris sumptum est, quod ita definitur generaliter, jus alicui conventione semel quæsitum illi invito adimi non posse. *L. ult. §. de pact. L. vero, vers. pen. infr. de sol.* Etiamne, si debitor moram fecerit, quominus suo loco solveret? Plane hoc ex illo intelligitur. Errat enim, si quis putat, moram debitoris utilitatem loci semel illi stipulatione quæsitam invito auferre. Neque hoc, neque aliud jus quodvis contrahentibus conventione quæsitum mora cuiquam adimit. Argumento est creditor, quem constat, si quando pecuniam debitam sibi oblatam sine justa caussa recusaverit, moram facere. *L. qui decem, infr. de sol.* Neque ideo tamen is amittit persecutionem ejus juris, quod prius habuit: sed et idem non minus jure petit postea, et si reus interpellatus non solvit, incipiet moram facere, quæ posterior mora illi nocebit. *L. illud, infr. de per. et com. rei vend.* Quod multo magis reo tribuendum est, si quid erit forte, quod illi conventione datum sit, quod et post moram a se interpositam velit retinere. Hujus enim conditio favorabilior. *L. favorabiliores, infr. de reg. jur.* Apparet etiam ex verbis. *d. §. loco.* cum alio loco agitur, eam omnem utilitatem promissoris æstimandam esse, quæ illi competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spopondit. At si is suo loco solveret, aut conveniretur, competeret ei ejus loci utilitas, quamvis prius moram fecisset. Quare et tunc competet, cum alio loco convenietur, quamvis prius moram fecerit. Sed obstat creditoris exemplum. Hic si moram fecit, constat utilitatis ejus rationem non haberi. Cur si debitor moram faciet, non pariter dicemus, utilitatis ejus rationem non habendam, ut juxta rationem juris at æquitatis in pari mora eundem moræ effectum servemus? *L. illud, supr. ad leg. Aq.* Quia mora utrinsque similis: at non similis utilitas loci, quam uterque in arbitraria actione præstari postulat. Creditor contra stipulationem persequitur utilitatem loci constituti, cum alio loco agit. Nam ex verbis stipulationis alio loco agere non potest. *L. 1. supr.* Quæ res facit, ut sine manifesta æquitate hoc ei concedi non debeat, ut et agat alio loco, et simul consequatur constituti loci utilitatem, quam ex stipulatione non habet. Aperte autem tunc æquum non est, utilitatem istam ei tribui, cum per eum stetit, quominus suo loco pecuniam acciperet, ubi debitor ad eam utilitatem non teneretur, si creditor moram non fecisset. At promissor loci utilitatem sibi non defendit ex æquo et bono propter naturam actionis arbitrariæ; sed eam suo jure habet, quæsitam ab initio ex stipulatione. Quam proinde jure retinet, nisi quid sit, quod banc illi auferat. Moram autem hanc illi non auferre modo ostendi. At certe adversus debitori moram eadem illa dici posse videntur, propter quæ utilitatem loci creditori, qui moram fecisset, supra denegabamus. Dicebam huic creditori obstare regulam juris, unicuique suam moram nocere. *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur* Quid ergo, an hæc ad debitorem non pertinet? Imo vero generalis est, et ad debitorem, et maxime quidem pertinet. Sed non hic regulæ sensus est, ut ad quidvis noceat debitori. Nocet hactenus, ut perpetuet debitoris obligationem; *L. si servum, §. sequitur, infr. de verb. obl.* sed non eo usque progreditur, ut etiam jus debitori quæsitum illi auferat, ut dixi. Ac ne creditoris quidem mora loci utilitatem illi auferret, siquidem hæc ei jure suo compete-

ret. Jam autem ostendi non competere. Sed hoc efficit mora in hujus persona, ut quæ utilitatem quæ non competit, auferre ei non potest: impediat tamen, ne ejus utilitatis postulatio ei acquiratur. Rursum denegabamus loci constituti utilitatem creditori: quia iniquum sit, moram et factum ejus alteri nocere: quod et vetatur regula juris. *L. factum cuique, infr. de reg. jur.* An hoc minus licet dicere in debitore, qui moram fecit? Sane non minus: sed cum debitor alio loco conventus consequitur utilitatem loci constituti, nihil hic ejus mora nocet, aut aufert creditori: eum hanc utilitatem consequatur non propter moram suam, etsi maxime moram fecerit, sed propter stipulationem, atque adeo propter consensum actoris, qui eum locum illi stipulatione tribuit. Non desideraret quidem debitor hanc utilitatem, si moram non fecisset, quominus suo loco solveret. Sic enim solvisset suo loco in tempore, et loci utilitatem, quam nunc petit, jam tum esset per se consecutus. Sed tamen quod nunc eam præstat creditor, semper verum est, non propter debitoris moram præstari, sed propter stipulationem: cum nisi ex stipulatione hanc quæsitam reus haberet, eam utique ex mora sua non consequeretur, non magis quam creditor, qui post moram suam alio loco peteret. Ita mora debitoris suo loco non solventis caussa est, sine qua utilitas loci a debitore nunc non postularetur; at non caussa efficiens, propter quam illa utilitas præstetur. Quinimo si quis putet propter alicujus culpam aut factum hanc utilitatem desiderari: potius dicendum sit, id creditoris culpa aut prætoris accidere, quam debitoris. Creditoris quidem, quia alio loco agit contra stipulationem. Prætoris autem, qui hanc actionem constituit. Cur enim agitur non suo loco? cur ejus loci utilitas stipulatione constituta ei aufertur? Ut creditori consulatur, inquies. Sed hujus utilitas reo nocere non debet, ut dixi ad *L. 1.* Quid superest igitur ad vitandam hujusmodi injuriam, nisi ut id fiat, quod quærimus: ut scilicet quandocunque cum debitore alibi agetur, etiam mora ab eo facta, semper actio sit arbitraria, qua utilitas loci illi conservetur? Et vero id ita propositum prætori, et factum esse luculenter declaratur in *d. §. loco, Inst. de act.*

Hæc ipsa ratio facit, ut ne tertium quidem illud debitori post moram objici possit, quod creditori supra objiciebamus. Negabamus utilitatem loci ei præstandam, si per eum stetisset, quo minus eo loco pecuniam in tempore acciperet: quia si quid hic damni esset, quod tum suo loco solutum non sit, aut nunc non solvatur, id ipsius culpa contingeret: ut qui nec suo tempore pecuniam acceperit, cum posset, et nunc ultro alio loco experiatur. Porro regula juris efficit, quod quis sua culpa damnum sentiat, sentire non videri. *L. quod quis ex culpa, infr. de reg. jur.* Non idem, inquam, debitori objici posse ex prioribus intelligitur. Quod enim loci constituti utilitatem nunc reus desiderat, cum alio loco agitur, non eo fit, quia prius suo loco non solvit, sed quia nunc alio loco petitur. Nam si suo loco ageretur, etiam nunc ejus loci utilitatem salvam haberet. *d. §. loco, in fin. de action.* Quod autem creditor agit alio loco, effectum est non debitoris in eo culpam esse; sed aut creditoris, qui contra stipulationem ita agat; aut prætoris, qui alio loco actionem constituerit: quod factum ita demum carere injuria potuit, si sic actio constitueretur creditori alio loco, ut ea res utilitatem loci reo quæsitam non auferret. Nihil igitur proponitur, quo minus debitori utilitatem loci ex stipulatione ipsa sibi recte defendenti ea utilitas omnimodo salva manere debeat, etsi maxime in pecunia eo loco solvenda prius moram fecerit. Ut jam efficiatur, quod proposui, in arbitraria actione qua alio loco agitur, utilitatem actoris venire sub conditione, si per debitorem steterit, quominus pecunia suo loco solveretur; debitoris autem semper, etsi maxime ipse in mora fuerit, quominus eo loco solveret. Atque hanc sententiam juris auctorum esse ex eo sciri potest, quod cum debitori tribuitur utilitas loci, nusquam additur hæc conditio, si ipse moram non fecerit, aut si per creditorem factum sit, quominus ei suo loco solveretur. Quod contra fit in creditore, cujus quidem dicitur utilitas æstimari; sed hac conditione certis locis addita: si per debitorem steterit, quominus suo loco solveret. Ac quæ sit differentiæ ratio, satis supra ostendi.

Hoc posito, sequitur † tertium, de quo quærebatur, ut si per debitorem factum sit, quominus pecunia suo loco solveretur: tum petitione alio loco instituta, fiat, quod hic Ulpianus scribit: utriusque utilitas in arbitrariam actionem veniat, tam actoris quam rei: amborum quidem separatim, modo hujus, modo illius, prout hujus aut illius interest, si modo non interest utriusque eodem tempore. At si simul intersit, etiam simul utriusque utilitas veniat. Actoris quidem ideo, quia per debitorem mora facta sit; debitoris autem, quia hujus mora non impediat, quominus utilitatem loci sibi stipulatione quæsitam retineat. Opponuntur ii loci, quibus dicitur disjunctim, rei vel actoris 7

utilitatem æstimari, ut *L. centum, infr. eod.* et quod idem est, in æstimationem venire, quod interest *alterutrius*, ut dicta *L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc.* nam *alterutrius* valet, alterius ex duobus. Itaque utrohique disjunctiva est oratio. cujus hæc vis est, ut alterum sufficiat. *L. si quis ita, 129. infr. de ver. obl.* Imo ut qui loquitur, non utrumque velit, sed alterum dumtaxat. Arg. *L. si Titio, 16. infr. de legat.* 2. Nec licet, ut videtur, eo nunc confugere, ut quoniam usu juris ita comparatum est, ut sæpe disiuncta accipiantur pro conjunctis: *L. sæpe, infr. de ver. sig.* ideo dicamus et in superioribus orationibus idem faciendum. Res enim non patitur, ut ita accipiamus: quoniam non semper potest utriusque ratio haberi. Non certe potest, cum reus in mora non fuit, quominus suo loco solveret. Tunc enim utilitas actoris non venit, ut diximus. Sed etsi per debitorem steterit: quamvis possit jure æstimari utriusque utilitas: re tamen ipsa sæpe fit, ne veniat in æstimationem: quia utriusque non interest, sed hujus, aut illius, aut neutrius. Unde bene dictum, in æstimationem venire id quod interest *alterutrius*, ut significetur hujus aut illius, prout alterutrius intererit. An non ergo potius contraria hæc habenda sunt, utriusque utilitatem venire tam actoris, quam rei; et venire alterutrius, seu rei vel actoris: cum conjunctiva oratio utrumque complectatur: disiunctiva alterum tantum desideret? *d. L. 129. infr. de ver. obl.* Et contraria videri possent. nisi in utraque oratione inesset conditio, quæ rem expediret. Nunc autem ea conditio inest, quæ mentem loquentium satis explicat, docetque utramque orationem eandem vim habere, atque hoc efficere, ut et separatim alterutrius ratio haberi possit, si alterius tantum intererit, et possit ac debeat utriusque, si utriusque intersit. Cum enim hic dicitur, venire utriusque utilitatem, seu quod utriusque interest, perspicuum est dici hac conditione: siquidem ulla sit hæc utilitas utriusque, quæ æstimetur, seu si quid eorum intersit. Unde intelligitur contraria conditione hoc exprimi, si non intersit utriusque, sed unius, hujus solius rationem haberi, sic tamen: ut nihil referat, utrum actor sit, an reus; si neutrius intersit, nihil æstimari. Atqui illius alterius orationis disjunctivæ eadem vis est. Cum enim dicitur, æstimari quod alterutrius, seu quod rei vel actoris interest, inest hic quoque illa eadem conditio, si hujus aut illius intersit. Porro qui dicit, separatim actoris rationem habendam, si ejus interest, et rei separatim eadem conditione si ejus interest: aperte hoc exprimit etiam conjunctim utriusque habendam rationem, si utrinsque simul intersit: quoniam non minus hujus aut illius interest, etsi conjunctim utriusque interest: neque vero unius utilitas alterius utilitatem aut jus excludit: cum ut natura utriusque interesse potest, sic et per rerum naturam ratio haberi possit utriusque. Ita in summa orationes superiores figura verborum partim conjunctivæ sunt, partim disiunctivæ; re autem et potestate sunt utrumque: quia efferuntur sub conditione, qua fiat, ut sub conditione etiam contraria, modo disiunctio, modo conjunctio intelligatur. Dici etiam potest in *d. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* potius dictum esse, quod alterutrius interest, quam quod utriusque, ut aptaretur definitio ad dubitationem, quæ vetus in hac actione inerat. Ut enim ostendi initio hujus capitis, constabat alio loco petenti actionem propositam esse, sed arbitrariam, idque rei caussa, ut loci utilitas quæ illi stipulatione quæsita erat, arbitrio judicis ei salva esset. *d. §. loco, Inst. de act.* Vetus dubitatio fuit, an et actoris rationem haberi oporteret. Ac tandem receptum, ut ejus quoque haberetur, ut hic significatur in principio, et in *§. ult.* Ad hoc exprimendum definitio *d. L. 1. C. ubi conven.* collata est, et consulto ita concepta, *in quam venit æstimatio, quod alterutrius interfuit:* ut significaretur nihil referre, utrius ex litigatoribus interesset, reine, an actoris. Uter eorum esset, ejus rationem haberi, tam actoris scilicet, quam rei, ut hic scriptum est. Qui autem dicit etiam actoris haberi rationem non minus, quam rei, non negat utriusque esse habendam, si utriusque simul interest. Quin potius utriusque habendam esse confirmat, quandocunque ejus intererit. Rata igitur sint tria illa, quæ in definitione Ulpiani initio hic tradita tenenda esse supra proposuimus: ut arbitraria actio, qua alio loco agitur, sic utriusque tam actoris quam rei utilitatem contineat; ut actoris utilitas veniat solum hac conditione, si per debitorem steterit, quo minus suo loco solveret; rei autem semper, etsi moram fecerit. Si quando autem eveniet, ut utriusque intersit suo loco solvi, et ratio actoris habenda sit, quod sit si debitor solutioni moram fecerit: dicendum, tum vere utriusque utilitatem venire, ut æstimetur scilicet simul quod utriusque interest, non quod alterutrius.

QUOD SI REI INTEREST.) † Utilitas 8
utriusque, seu quod utriusque aut alterutrius interest, in æstimationem venit, quod ante definierat. Quomodo æstimetur, quæritur: de quo subjicit. In eo autem hæc dubitatio est.

Eo enim æstimari constat, quod hujus aut illius interest, ut ei cujus interest, præstetur ab adversario sententia judicis. Quæritur ergo, ut ei præstetur, an adversarium in eam utilitatem damnari oporteat, an aliqua alia via sit ad eam rem compendiosior. Et monet, si de actoris utilitate agatur, reum in hanc summam condemnari debere, ut cum sortis condemnationis hujus summæ condemnatio accedet, majoris pecuniæ condemnatio fiat. At si agatur de utilitate rei: compendiosam hanc esse viam, non ut actor in eam damnetur, ut sic deinde ejus summæ fiat compensatio cum ea summa, quam reus debebit; sed ut ea compensatione jam ante præsumpta, minoris pecuniæ fiat condemnatio a judice, quam intentatum est. Itaque si proponas centum deberi Capuæ, et quod pecunia Capuæ suo tempore soluta non est, parato ibi accipere, damnum passus sit actor ad viginti: reus alio loco conventus in centum et viginti damnabitur. At si rei intersit ibi solvi ad viginti: non condemnabitur reus in centum, et actor in viginti; sed una erit condemnatio, qua judex statim id consequatur: ut scilicet reus damnetur in octoginta. Hæc enim summa reliqua futura erat, si reus in centum, et actor in viginti damnatus esset: ac deinde reus hæc viginti cum aliis viginti quæ debet ex sorte, pensare vellet. Atque hæc ita sunt, si aut solius actoris intersit, aut solius rei. Quid fiet, si simul utriusque intersit, pecuniam suo loco solvi, et rationem utriusque haberi velimus? Conveniens est superiori rationi, quod Joannes sensit, ut concurrentium quantitatum compensatio fiat; quod reliquum est, ita habeatur, ut solum sit æstimandum, æstimeturque ad rationem superiorem, prout id quod excedit, actoris erit, aut rei. Ut puta, rei utilitas est decem, actoris quinque: compensabuntur quinque invicem: quæ reliqua sunt quinque ex decem, sic habebuntur, quasi solius debitoris ad eam quantitatem intersit. Quo constituto, consequens est Ulpiani sententiæ, ut eatenus minoris fiat condemnatio: idemque valet vice versa.

Ad §. Hæc autem actio etc.

Hæc autem actio ex illa stipulatione venit, ubi stipulatus sum a te, Ephesi decem dari.
Si quis Ephesi X. aut Capuæ hominem dari stipulatus, experiatur, non debet detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo.

Ad §. Non utique etc.

Scævola lib. 15. Quæstion. ait,

Non utique ea, quæ tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate. Sed quid debeat, esse in ejus arbitrio: an debeat, non esse, et ideo eum, qui Stichum aut Pamphilum promisit, eligere posse, quem solvat, quandiu ambo vivunt: cæterum ubi alter decessit, extingui ejus electionem: ne sit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum præstare quem solum debet. Quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuæ, si fuerit in ipsius arbitrio ubi ab eo petatur: conveniri non potuisse. Semper enim alium locum electurum. Sic evenire, ut sit in ejus arbitrio, an debeat. Quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scævola, petitorem electionem habere, ubi petat; reum ubi solvat: scilicet ante petitionem. Proinde mista (inquit) rerum alternatio locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.

SUMMARIA.

1. *Ex stipulatione* Ephesi dari, *venire actionem hanc arbitrariam, quomodo accipiendum.*
2. §. Scævola *unus contextus, et conjuncta sententia cum præcedenti.*
3. §. Scævolæ *summa: et num.* 10.
4. *Tacite quæ insunt stipulationi, non esse semper in rei potestate, quid sit.*
5. *In Alternotivis electio debitoris, quando.*
6. *In Electione dandi reus voluntatem mutare potest, quoties velit.*
7. *Electionem actor habet, utro ex duobus locis disiunctim constitutis agat, et potest uno agere sine alterius loci adjectione, vel altero loco detracto; et hoc quid sit.*
8. *Electionem ubi solvat, habet reus ante litem contestatatam, post amittit: et cur utrumque.*
9. *Electio actoris est, etiam in rebus disiunctim promissis, cum locorum alternationi mixta est rerum alternatio, et quare.*
11. *Locis duobus constitutis, si alio agatur, et de æstimanda unius ex constitutis utilitate quæratur, electionem esse actoris, utrius loci utilitatem æstimari velit.*

Generaliter tenendum est, arbitraria actione agi posse non tantum de eo, quod certo loco dari stipulatione promissum est, sed et de eo, quod quavis ex caussa et obliga-

tione certo loco dari debuit: ut, si quid a testatore jussum sit dari certo loco; si pecunia mutuo data, ut certo loco reddatur.
1 *L. si heres*, 5. *et L. seq. infr. eod.* † Quid est igitur, quod Ulpianus initio hic dicit, *hanc actionem venire ex illa stipulatione, ubi stipulatus sum a te Ephesi decem dari?* Si ex illa stipulatione solum intelligit: falsum. Si ex aliis etiam caussis, ineptum et fallax: cum non potius ex illa caussa, quam ex aliis dicere debuerit. Imo ex illa stipulatione venire hanc actionem, nec otiose, nec minus vere dictum est. Ut intelligatur ex illa sola: non tamen ut excludantur cæteræ caussæ diversæ a stipulatione; sed ut stipulationes aliæ diversæ ab ea, quæ nunc proponitur. Non enim dicit, hanc actionem venire ex stipulatione, qua quid certo loco dari promittitur, quibus verbis excluderentur cæteræ caussæ et conventiones; sed venire ex illa stipulatione: ut intelligatur, ex illa, non ex aliis: quod et verum est. Est enim hic genuinus sensus Ulpiani hoc loco, qui ex sequenti §. perspici potest: cum quid certo loco dari promissum est, non posse peti id alio loco, nisi arbitraria actione: sed ita, si promissum sit uno loco dari, puta Capuæ, quale est exemplum, quo Ulpianus utitur. Sic, inquam, alio loco, quam Capuæ peti potest, sed arbitraria actione dumtaxat: idest, hac conditione, ut Capuæ mentio fiat, et ejus loci utilitas reo servetur. Diversum, si quid promissum sit pluribus locis disiunctim, seu sub alternatione hoc modo: decem Ephesi, aut Capuæ dabis? vel decem Ephesi, aut Capuæ Stichum dabis? quod exemplum statim subjicit dissimile priori. Cur autem in hac genere diversum? declarat in §. *Scævola, seq.* quia in stipulatione posteriore, duobus locis ita expressis, licet quidem stipulatori Ephesi potius quam Capuæ, et Capuæ potius quam Ephesi, et in summa uno potius loco quam altero pro arbitrio experiri; sed licet ei facere, altero etiam loco detracto: et quod idem valet, licet altero loco experiri sine alterius loci adjectione: idest, ut ego interpretor, licet altero loco experiri pure, non arbitraria actione: non ita, ut alterius loci utilitas æstimetur, et præstetur reo. Hoc, inquam, est, quod subjicitur in *vers. seq. et §. Scævola:* declaraturque in illis verbis QUARE
2 PUTAT POSSE. † Quod ut plane intelligatur, etiam animadvertendum est, sententiam *vers. si quis Ephesi*, *et §. Scævola, seq.* conjunctam esse, et hujus quæstionis disputationem continere. Unde et hi §§. duo bene leguntur in Pandectis Flor. uno contextu, non ita, ut ante in exemplaribus vulgaribus, ut §. *Scævola*, sit L. 3. cujus initium sit, NON UTIQUE. Sed illud magis animadvertendum, quod alios in explicatione hujus loci fefellit, *in vers. seq. Si quis Ephesi*, non tradi sententiam affirmativam, ut vulgo sententia punctis notatur; sed proponi quæstionem per interrogationem, ut sit: *non debet*, pro *an non debet:* seu *debetne, detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo?* De qua quæstione ita posita deinceps respondetur ex disputatione Scævolæ subjecta in §. *Scævola:* quam ob caussam et is locus non §. disjuncto, sed continenti oratione legi debet. Id ita esse duobus argumentis certissimis convincitur. Primum quod Ulpianus in §. *Scævola*, *vers. Quare putat*, verbi Scævole diserte affirmat, in stipulatione proposita, *Ephesi aut Capuæ dari*, posse uno loco agi, etiam altero non adjecto, ut sic nec alterius loci utilitas reo præstetur. Ex quo intelligi debet, nihil eum prius contra affirmasse, ut diceret, si quis uno loco ageret, non debere eum detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo. Nunquam enim sanus homo eodem in loco tam contraria conceptis verbis scriberet. Quod si non affirmavit, in principio actorem non debere experiri: relinquitur, ut an non deberet, solum in quæstione posuerit. Deinde in *vers. Quare et in proposito:* his verbis, *et in proposito*, evidenter declarat, se quæstionem proposuisse de stipulatione ea, de qua responsum Scævolæ agit: eum scilicet promissum est, aliquid dari Ephesi aut Capuæ. At eam quæstionem non proposuit, acne attigit quidem prius in §. *Scævola*, ut ex lectione apparet. Necesse est igitur, eam quæstionem intelligat, quam de ea stipulatione proposuerit in *vers. præced. Si quis Ephesi:* quam et illic indecisam reliquerit; post autem de ea ex professo respondeat in *d. vers. Quare et in proposito*. Hoc interpretes non assecuti, hoc loco, in duo magna incommoda impegerunt. Unum, quod in *vers. si quis Ephesi*, orationem affirmativam statuentes, antinomiam sibi nexuerunt indissolubilem ex §. *Scævola, vers. Quare putat*. Alterum, quod non animadvertentes scopum disputationis Scævolæ, quæ subjicitur, coguntur fateri Ulpianum in *d. §. Scævola* invehere disputationem de obligationibus alternativis; rem alienissimam a tractatu de eo, quod certo loco dari promissum est, de quo nunc agitur.

Hoc intellecto, redeo ad quæstionem, et responsum de ea tum Scævolæ, tum Ulpiani. † Quæstio est, in qua quæritur, cum quis 3

ita stipulatus est, *Ephesi decem, aut Capuæ Stichum dari:* an possit creditor altero loco ex his agere, prout velit, etiam alterius loci utilitate omissa; an vero non debeat altero detracto experiri, ne ejus utilitatem auferat reo. Non videbatur detracto altero loco posse. Cum enim illud aut illud promissum est, et generaliter, cum plura stipulatione comprehensa sunt disiunctim, seu alternatim, placet debitoris esse electionem. *§. huic autem, Inst. de act. L. plerunque, §. ult. infr. de jur. dot. C. in alternativis, de reg. jur. in* 6. Consentaneum igitur, ut sit et in proposita specie electio debitoris ultro loco conveniatur. Porro hæc electio facit, ut uno loco electo alter perinde habeatur, quasi nec adjectus esset. Unde eveniet, ut si reus altero conveniatur, debeat etiam alterius electi utilitas æstimari: ut fieret, si debitor alio loco conveniretur, quam de quo convenisset. Ulpianus autem verbis Scævolæ respondet licere in proposito creditori altero loco experiri, et rem ei loco destinatam ibi petere, prout velit, sine alterius loci adjectione. Quæ summa est disputationis Scævolæ, quæ sequitur in *d. §. Scævola.* Constat autem locus hac argumentatione: cujus partes ad intelligentiam loci diligenter observandæ sunt. Non debet in arbitrio debitoris esse electio, qua fiat, ut si velit, non debeat. Cum autem quid promissum est, Ephesi aut Capuæ dari, si electio debitoris est, utro loco ex his solvat: erit in ejus arbitrio, an debeat: et quidem efficiet, si volet, ne debeat: uno enim loco conventus semper alterum eliget. Quare in his non debitoris ubi solvat, sed creditoris, ubi petat, electio esse debet. Si electio creditoris in locis, erit et in rebus superiora stipulatione comprehensis: utrumque ita, ut cum uno loco ex his suo proprio jure agat, non necesse habeat arbitraria actione experiri, idest, ita, ut alterius loci utilitatem reo tribuat. Propositio est in initio: Assumptio in illis verbis, QUARE ET IN PROPOSITO. Conclusio illic, QUARE PUTAT. Et hæc in locis. De rerum electione in extremo, illic, PROINDE MIXTA. Nunc singulas partes ordine exponam.

AIT, NON UTIQUE EA QUÆ TACITE INSUNT STIPULATIONIBUS. His verbis Scævola statim initio occurrit tacitæ objectione illi, de qua supra diximus. Nam hic creditori locum, in quo agat, eligenti opponitur regula juris de stipulationibus alternativis: in quibus traditur, electionem esse

4 debitoris, non creditoris. † Occurrit, inquam, statim initio Scævola, et significat, ut plurimum id ita esse, sed non semper. Hoc est enim, quod ait: *ea quæ tacite insunt stipulationibus, non utique,* idest, non continuo, non omnimodo semper *in rei esse potestate.* Ea dicuntur tacite stipulationibus inesse, quæ dantur et competunt ex stipulatione aut reo, aut stipulatori; sed utri tribui debeant, incertum, quia verbis stipulationis expressum non est. Cujus generis est electio locorum, cum quid Ephesi aut Capuæ dari promissum est: electio rerum, cum decem, aut Stichus promissus est; electio solutionis in tempore, cum quid promissum est Calendis, et quæritur, an reus etiam ante Calendas solvere possit, necne. Non sunt hæc, inquit, semper in potestate, idest, non semper reo tribuuntur, ut de illis pro arbitrio possit statuere, vel ut his utatur ipse si velit, vel ut ea permittat creditori. Hinc Scævola subjicit, quando hæc sint in rei potestate, quando non sint, unde propositionem extruit argumentationis propositæ. † Sic igitur definit: *quid reus debeat, esse posse in ejus arbitrio; an debeat, non esse.* Sensus est: tunc debitoris 5
electio est in alternativis, cum electio ei tributa hoc relinquit, ut aliquid debeat et solvat, sitque electio in eo solum, ut quæratur, quid debeat. Quod si ea tributa electio faciat, ut si velit, nihil debeat: tum sane electio ejus esse non debet: neque enim in arbitrio ejus esse convenit, an debeat. Quod sumptum est ex iis regulis, quæ sunt de interpretatione cujusque obligationis. Nam cum aliquid ambiguum est in stipulatione, placet quidem stipulationem interpretandam esse pro reo contra stipulatorem, *L. stipulatio isto, §. in stipulationibus, E. quidquid, infr. de verb. obl.* idque propter favorem tum reorum, tum liberationis: *L. favorabiliores, infr. de reg. jur. L. Arrianus, infr. de obl. et act.* Sed hæc interpretatio tandiu recipitur, quandiu ex ea aliquid deberi potest. Quod si ita interpretando stipulatio fiat inutilis: ibi placet verba pro stipulatore interpretanda contra promissorem: alia regula ita dictante, semper in stipulationibus id accipiendum esse, quo res de qua agitur, valeat potius, quam pereat: quia scilicet hæc mens fuerit contrahentium, ut aliquid agerent, non ut luderent, *L. quoties in actionibus, L. ubi, infr. de reb. dub. L. quoties in stipulationibus, infr. de verb. obl.* Hanc propositionem confirmat in illis verbis, ET IDEO EUM, QUI STICHUM AUT PAMPHILUM PROMITTIT. Est enim in his verbis non tam illatio ex præcedenti propositione, quam propositionis confirmatio. Illatio quidem est, ut est figura verborum; sed illatio eo conversa, ut ex superiore definitione inferat cum

sententiam, quæ si in hac specie vera est,
ut certe vera et in confesso est: necesse sit,
intelligi veram esse et illam definitionem
generalem, unde hæc sententia ducitur. Et
ideo effectus hic positus ad caussam pro-
bandam: quam et vim horum verborum
notavimus in *L.* 3. *vers. pen. supr. de con-
dict. triticiar.* Argumentum autem tale est:
Cum quis stipulatus est Stichum aut Pam-
philum: quandiu ambo vivunt, e lectio
debitoris est, utrum solvat, et quidem per-
petuo, donec solverit. *L. plerunque*, §. *ult.
infr. de jur. do. L. qui ræ pluribus*, 106.
L. eum qui certarum, 138. §. *ult. infr. de
ver. obl.* Uno autem mortuo exstinguitur
electio debitoris, qui eum, qui restat, solum
debere incipit. *L. Stichum, in pr. infr. de
solut.* Quæ non alia de caussa in eadem
specie stipulationis ita recepta sunt, quam
quod utroque vivo, dum debitoris electio
est, quod solvat, saltem hoc manet, ut sit
quod solvat, nempe alter ex duobus. Cum
autem unus mortuus est, si adhuc debitori
electionem servamus, eveniet, ut sit in arbi-
trio ejus, an debeat, atque adeo ut nihil de-
beat: mortuum enim eliget, ne vivum præ-
stet: atque ita nihil dabit. Stat igitur pro-
positio hæc, nunquam debitoris electionem
esse debere, ubi electione efficietur, ut sit
in ejus arbitrio an debeat.

AIT. QUARE ET IN PROPOSITO EUM
QUI PROMISIT. Assumptio est, ut dixi,
institutæ argumentationis, hoc modo. Si in
proposito cum quis promisit Ephesi aut
Capuæ, erit, in ipsius arbitrio, ubi ab eo
petatur: futurum est, ut conveniri non pos-
sit. Semper enim, inquit, alium locum eliget.
Sic eveniet, ut sit in ejus arbitrio, an debeat.
Non extulit quidem hanc assumptionem,
particula aversativa, ut in assumptionibus
argumentorum fieri solet; sed quasi con-
cludens aliquid, ut dixit, *Quare in proposito:*
in quo lectores falli possunt. Sed nihilomi-
nus assumptionem esse apparet. quæ defi-
nitionem generalem quæ præcessit, ad spe-
ciem et quæstionem proposita accommodat.
Ideo autem collectionis et illationis particula
potius usus est, quia hujus assumptionis
caussam et rationem ex præcedente senten-
tia ducebat. Dixerat enim prius, cum ex
duobus hominibus promissis unus mortuus
est, ibi electionem debitoris non esse. quia
alioqui esset in ejus arbitrio, an deberet;
idque hac ratione: quia posset eligere mor-
tuum, dum non vult vivum præstare. Si
hoc in electione rerum recte dicitur, bene
colligit probandum esse et in locorum elec-
tione: quia et hic eadem ratio sit, quæ
superius. Si enim electionem locorum reo
dabimus, sequetur, ut conveniri non possit,
eoque nec debeat eadem illa ratione, quia
semper alium locum sit electurus. † Animad- 6
vertendum est, quod ait, *semper*. Quo vult
intelligi debitorem si ei loci electionem de-
mus, uno loco conventum sic posse alterum
eligere, ut possit id facere non semel; sed
ita, ut si eo loco conveniatur, quem prius
elegit, liceat tamen ei alterum illum rur-
sum eligere, quem repudiaverat, et ita in
infinitum voluntatem mutare, quoties velit,
donec aliquid solverit. Idque in electione
debitoris ita esse traditur in *d. L. eum
qui certarum*, 138. §. *ult. de ver. obl.* Hæc
vero facultas mutandæ voluntatis in locis
conventionis aperte facit, ut reus si velit, ni-
hil debeat.

AIT, QUARE PUTAT POSSE AB EO
PETI; Hic conclusio est argumentationis,
qua de locorum electione ita colligit: † Si 7
in proposito loci electio reo tributa facit,
ut is si velit, nihil debeat: ideo electionem
ei dandam non esse, ubi conveniatur, sed
stipulatori, ubi petat: et addit, quod ad
quæstionem initio propositam pertinet, a-
ctorem sic *petere posse altero loco*, ut pos-
sit *et sine loci adjectione*. Non dixit, loci
alterius. Sed hoc satis intelligitur ex verbo,
adjectionis. Non enim potest locus adjici,
nisi alius. Hæc autem verba sine alterius
loci adjectione valent: altero loco non adje-
cto, vel altero loco detracto, ut in quæstio-
ne proponenda expressum est initio in *vers.
si quis Ephesi.* Quæ omnia hanc significa-
tionem habent, posse stipulatorem altero loco,
quem velit, experiri ita, ut neque alterius
loci mentionem faciat, neque ejus alterius
loci utilitas æstimari debeat. Alterius loci
mentionem facere non debet: quia eum
habeat loci electionem, uno electo perinde
habendum sit, quasi is solus esset in obli-
gatione. *L. si quis stipulatus*, 112. *in pr.
infr. de ver. obl.* Eadem ratio facit, ut dum
uno loco agit, alterius loci ratio haberi non
debeat: quia si uno tantum loco, dari quid
promissum esset, et eo loco ageretur, ut fieri
volumus, cum ex duobus disjunctim positis
unus electus est, ejus solius loci utilitas æsti-
maretur, non alterius cujusquam. *L.* 4. *in
pr. hic.* Nihil ad rem pertinet, quod dicitur,
cum alio loco agitur, alterius loci stipulatio-
ne comprehensi utilitatem reo æstimandam,
et præstandam esse, hac *L.* 1. *in pr. et* §.
loco, Inst. de act. Hoc enim jus adversus eos
solum comparatum est, qui alio loco petunt,
quam quo ex stipulatione dari debuit, *L.* 1.
supr. eod. d. §. *loco.* Nunc autem cum duo-

bus locis disjunctim aliquid dari promissum est, et altero ex his agitur, semper verum est, loco constituto agi, non alio. Ex quo efficitur, quod diximus, ejus quoque solius utilitatem esse spectandam.

AIT: ET GENERALITER DEFINIT SCÆVOLA. Dixerat, in locis stipulationis propositæ actori dari electionem petitionis.
8 †. Quæreret ergo aliquis, an non sit in potestate rei, utro loco ex his velit solvere. Quod si sit, an non hæc contraria videri debeant, posse reum eligere, ubi solvat, et nihilominus actorem posse eligere, ubi petat. Ideo quod in superiore sententia obscuri erat, explicat, et ostendit, sic actorem electionem habere, ubi petat, quod prius posuerat: ut nihilominus reus electionem habeat, ubi solvat. Neque ideo hæc inter se contraria esse: quia reus istam electionem habeat ante petitionem, idest, ante quam uno loco petierit. Quo significat, postquam petiit, sic procedere intentionem ejus loci, ut reus alibi offerendo eam petitionem evitare non possit, sed cogatur ibi solvere. Ubi petitionem usitato more juris auctorum, non quamlibet interpellationem actoris accipere debemus; sed eam, qua judicio petitum est, idest, litem contestatam. *L. amplius, infr. rem rat. hab. L. si quis stipulatus*, 57, *infr. de sol.* Itaque hæc sententia est definitionis hujus loci: reum, qui promisit decem Ephesi aut Capuæ, posse ante litem secum contestatam altero ex his locis pecuniam offerre, ut oblatam recusare creditori impune non liceat; sed aut ea obsignata liberetur in totum reos, aut sine obsignatione creditor qui non accepit, moram faciat: unde quandocunque postea alibi petatur, servari debeat prioris illius loci utilitas reo, quam non amisisset, si creditor accipere voluisset. *L. qui decem, infr. de solut.* At si semel cum reo actum sit uno loco, et lis cum eo contestata: tum incipere vere et immutabiliter pecuniam peti, ut jam non modo non liceat reo in alium locum revocare, sed nec alibi solvere invito creditore. Quod jus non in hac caussa tantum valet, sed perpetuum est: ut cum ad evitandam aliquam petitionem licet alterius rei præstatione defungi, tandiu eam facultatem retineamus, donec lis contestata fuerit; post litem autem contestam eam amittamus. *d. L. si quis stipulatus*. 57. *de sol. L. si insulam, infr. de ver. obl. L.* 1. *infr. de pen. leg. L. cum sine, infr. quan. di. leg. ced.* Sed videamus, ne hæc definitio ipsa secum pugnet. Nam si debitor post litem contestatam electionem non habet, ubi solvat, quomodo habet ante litem contestatam, si nihil novi natum est? et contra si hanc electionem habet ante litem contestatam, cur eam litis contestatione amittit? Et recte utrumque propriis rationibus. Cum enim ante litem contestatam altero loco ex duobus debitor solvit, facit, ut aliquid debeat, atque etiam præstet; nempe id quod solvit. Supra autem a Scævola definitum est, quandiu electio facit, ut debitor aliquid debeat tandiu in arbitrio ejus esse, quid solvat. Lite contestata si nihil novi incideret, nihil posset dici, cur non et tunc eandem electionem retineret, cum et tunc uno loco solvendo pariter faceret, ut aliquid deberet: quæ caussa erat prioris electionis. Sed litis contestatio ut res nova est, ita jus novum postulat. Litis contestatione debitor hanc electionem amittit ideo, quia quod prius debuit duobus locis disjunctim, idest, Ephesi aut Capuæ: id lite semel uno loco contestata eo solum loco deberi incipit. Judicia enim accipiendo contrahitur judicati obligatio de re judicio petita. *L.* 3. *§. idem scribit, infr. de pec.* Hæc obligatio semel petitori quæsita, postea facto debitoris ei adimi aut mutari non potest. *L. ult. supr. de pact. L. habere, in fi. infr. de evict.*

AIT. PROINDE MIXTA, INQUIT, RERUM ALTERNATIO. Nondum plene respondebat ad quæstionem propositam. Nam superius solum effectum est, electionem loci stipulatori dandam esse, ubi idem Ephesi aut Capuæ dari promissum est, id est, idem duobus locis sub alternatione. Nunc autem proposita est ea stipulatio, in qua *locorum alternationi mixta est rerum alternatio*, ut Scævola loquitur: id est, in qua non tantum quid promissum est duobus locis sub alternatione, id est, disjunctim; sed præterea duæ res promissæ sub eadem alternatione: puta decem, aut Stichus. Et hæc mista sunt locorum alternationi hoc modo: decem Ephesi, aut Capue Stichum dabis? Hæc enim illa est stipulatio, quæ proponitur in §. 1. *hujus L.* 2. illic *si quis Ephesi*, de qua responderi dixi verbis Scævolæ in §. *Scævola*. Porro rebus disjunctim promissis non dubii loci rerum electionem faciunt debitoris. *L. plerunque*. §. *ult. infr. de jur.* §. *huic autem, Inst. de act.* Hoc igitur restabat, ut et de eo Ulpianus responderet. Quod et facit verbis ejusdem Scævolæ, cujus de tota illa quæstione responsum *Libro* 15. *quæstionum* exstabat. † Sic ergo Scævola respondet, ut 9
loci electione actori data, quod supra constituerat, hinc colligat in proposito etiam rerum electionem ei dandam. At enim rebus sub alternatione promissis, placet, electionem esse debitoris. *d. L. plerunque*, §. *ult. de jur.*

dot. §. huic autem Inst. de act. Hoc ita esse agnoscit semper alias, cum rerum alternatio mixta non est, ut nunc proponitur. Hæc mixtura *facit*, inquit, *actoris electionem et in re propter locum:* idest propter loci electionem, ut recte Accursius interpretatur: Neque enim locus solvendi stipulationi adjectus aufert ipse per se electionem debitori, sed locorum alternatio, et horum electio, quæ actori tribuitur. Quid enim, si quis promisisset decem aut Stichum Ephesi? Non eo minus rerum electionem haberet, quam locorum alternatio, quæ nulla est, non abstulit. Non ergo simpliciter in proposito propter locum solutioni adjectum actoris electio est in rebus disjunctim promissis; sed propter loci electionem, quæ hic actori tributa est. Idque est, quod Scævola vult intelligi: ideo scilicet in proposito electionem rerum ex necessitate fieri actoris, quia et is prius loci electionem habeat. Unde hanc sententiam infert ex præcedentibus: ubi actorem dixerat, non locum habere, sed loci electionem, ubi petat. Addidit, *ex necessitate*, indicans necessitatem non absolutam, sed consequentiæ qua fiat, ut sic priori illa electione loci actori data, necesse sit propter hanc etiam rerum electionem sequi. Sed cur necesse, aut cur necessario consequens ex prioris electionis concessione? quia, inquit, *tollis actori actionem, dum vis reservare reo optionem*. Actionem, idest, electionem loci, ac per electionem etiam agendi et petendi potestatem, ut supra ostendimus. Porro in locis electionem esse actoris ubi petat, ne actionem amittat, ante effectum erat et definitum a Scævola, ut hanc actori tolli ipse absurdum putet. Ex quo efficitur, et rerum electionem in proposito actoris esse debere. Illud in hac ratiocinatione quæstionem habere potest, quod ait: tolli actori loci electionem, et simul actionem, si reo electionem rerum reservemus. Quid enim commune habent loca cum rebus, ut in specie stipulationis proposita necesse sit rerum electione actori adempta etiam detrahi locorum electione? id vero sic efficitur. Nam si ex hac stipulatione, decem Ephesi, aut Stichum Capuæ dabis? decem petantur Ephesi, et liceat debitori Stichum eligere, licebit simul eligere Stichum Capuæ, quia Stichus Capuæ promissus erat. Et e converso si Stichus Capuæ petetur, et liceat debitori decem optare, licebit eadem opera eligere decem Ephesi, quia decem Ephesi erant Promissa. † Ita 10 quæstio confecta est. Responsi autem summa hæc, quam initio indicavi: nunc nihil vetat subjici explicatius. Si quis Ephesi decem, aut Capuæ Stichum stipulatus sit, electionem eum habere, non solum in locis: utrum Ephesi, an Capuæ petat; sed etiam in rebus: utrum petat decem Ephesi, an Stichum Capuæ. Idque immutabiliter post litem contestatam. Cumque id faciet; tametsi uno tantum loco agat, tamen posse id eum facere etiam sine alterius loci adjectione; idest, ita, ut alterius loci ratio non habeatur. Proinde posse ita experiri ordinaria actione ex stipulatu descendente, non autem actione arbitraria, quæ alio loco agenti proposita est: quia ut maxime altero loco constituto non agat, tamen agat eo, qui et ipse solutioni constitutus est. Hæc ita, inquam, si quis hic altero loco ex iis quæ constituta sunt, experiatur. Quid, si alio loco agere volet? Redhibimus ad edictum, intelligemusque etiam alio loco agendi potestatem esse; *L. 1. supr.* sed non nisi arbitraria actione, in qua æstimetur, quanti actoris aut rei intersit decem aut Pamphilum suo loco solvi; aut si forte una tantum res promissa erit Ephesi aut Capuæ, æstimetur quanti utrinsque interest, altero loco ex his duobus pecuniam solvi. Hac *L. 2. in pr. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. §. loco, Inst. de act.* † In qua æstimatione magis est, 11 ut actoris sit electio, utrius loci utilitatem æstimari velit; quia ante definivit Scævola in *vers. et generaliter*, rerum electionem habere, ubi solvat, sed ante petitionem, idest, post litem semel de re petita contestatam non amplius debitoris electionem esse; sed actoris, non solum ubi petat, sed etiam ubi sibi solvi velit; neque referre, dum sit petitio, quo loco petitum sit, utrum uno ex constitutis locis, an alio. Quod et recte dicitur ne lite alio loco jam cœpta, et eo jam adducta, ut de re judicari oporteat, sit in potestate debitoris condemnationem protelare, aut etiam subterfugere, modo unius loci utilitatem eligendo, modo alterius, et in ea re mutando voluntatem, quoties velit: quod utique illi licere debet, si in ac utilitatis loci opinione electionem ejus esse diximus. *L. cum qui certarum, 138. §. ult. infr. de verb. obl.*

Ad §. *Si quis ita stipuletur.*

Si quis ita stipuletur, Ephesi et Capuæ, hoc agit, ut Ephesi partem et Capuæ partem petat.

S U M M A R I A.

1. ***Locis duobus conjunctim constitutis, summa promissa utroque loco peti debet, singuli tamen pro parte, ut ab initio locis divisa.***
2. ***Pars petitur singulis locis sine alterius loci adjectione.***
3. ***Aliis locis si agitur, cujus loci utilitas æstimanda sit.***

Dixit, quid juris sit in electione locorum eorumque utilitate æstimanda, si decem promissa sint duobus locis disjunctim: puta Ephesi, aut Capuæ. Nunc apta subjicit, quod videri queat simile propter adjectionem locorum; quid sit juris, si decem promissa sint duobus quidem item locis, sed conjunctim, hoc modo; *Ephesi ac Capuæ*. Et ne quis similitudine locorum deceptus, idem hic esse putet: docet breviter, et velut aliud agens, non solum dissimilem hanc stipulationem esse, sed etiam quibus in rebus a superiore differat. *Si quis*, inquit, *ita stipulatur Ephesi, et Capuæ, hoc agit* (sic enim recte, ut in aliis exemplaribus, non ut in Flurent. *ait*, hoc enim non convenit subjunctivæ orationi, *ut petat*, quæ sequitur) *hoc agit*, inquam, *ut Ephesi partem et Capuæ partem petat*. Significat hic hanc stipulationem differre a superiore, ut duabus his rebus differat, loci petitione, et quantitate petitionis, cum locis constitutis agitur. Ex illa stipulatione. *Ephesi aut Capuæ*, uno tantum loco agi posse constitit, cujus electionem stipulator habeat. † Ex hac posteriore: *Ephesi et Capuæ*, non solum utroque loco peti potest si stipulator velit, sed etiam peti debet secundum formam stipulationis: sicque accipi debet, quod hic dicitur Ephesi partem et Capuæ partem peti: Quippe disjunctio unum tantum locum statuit: conjunctio utrumque non tantum stipulatori ad agendum, sed etiam promissori ad utilitatem utriusque loci retinendam. Vis hæc est conjunctæ et disjunctæ orationis. *L. si ita stipulatus*, 126. *infr. de verb. obl.* §. *ult. Inst. de her. inst. L.* 5. *infr. de cond. inst.* Quod si de quantitate quæritur, quam utroque loco petere oporteat: hæc differentia est, quod ex priore ut uno tantum loco debetur: sic et totum illic deberi, et ex sententia stipulationis totum peti necesse est, siquidem totum promissum est utiliter. Ex posteriore autem hic ostenditur, ut petitio locis dividitur, sic et summam; ut decem Ephesi et Capuæ promissis, non nisi quinque singulis locis peti possint: et hoc ideo, inquit Ulpianus, *quia hoc stipulator agit*; proinde et promissor, qui eandem stipulationem respondendo sequitur. Ergo ideo quia id actum est. At hoc actum qui intelligimus, cum sola decem uno complexu promissa sint? Nempe hoc modo. Constat decem sola hic promissa esse, et sola deberi. *L. si mihi et Titio*. 110. *L. cum qui ita*, 56. *in pr. infr. de verb. obl.* Hæc si petantur constitutis locis: alterutrum necesse est, aut tota decem singulis locis peti, aut singulis quinque, ut ex bis quinque decem efficiantur. At singulis locis decem solida peti non possunt, ut non amplius debeantur quam decem: sic enim efficerentur viginti, non decem sola. Restat igitur, ut sola quinque singulis locis deberi et peti posse intelligantur. Et recte ita definiemus: quemadmodum summa pluribus personis adscripta, pro numero personarum divisa intelligitur: *L. cui fundus, infr. de cond. et dem. L. reos.* §. *ult. infr. de duo. re.* sic summa pluribus locis adscripta, ut hic, videri debet divisa esse pro numero locorum. † Hinc statuatur, quo loco et quomodo decem ex stipulatione proposita peti possint, ut unius aut alterius loci utilitas æstimetur: aut non æstimetur: quod ad quæstionem hujus tituli pertinet, et non minus in hac stipulatione quam in superiore cognoscendum est. Et decem promissis Ephesi et Capuæ, si sola quinque singulis locis debentur, ut demonstratum est: apparet singula hæc quinque non duobus locis promissa esse, aut deberi, sed uno dumtaxat: ut de singulis non aliter judicandum sit, quam si quinque Ephesi tantum promissa essent, aut quinque tantum Capuæ. Quocirca

cum quinque petentur Ephesi, non quæremus ut supra, an cum alterius loci adjectione peti debeant, id est, an alterius quoque loci utilitas æstimari debeat. Manifestum est enim æstimari non debere, quoniam quinque petita eo loco promissa non esse constat. Idque ita fieret: si Ephesi tantum quinque essent promissa, et ea Ephesi peterentur. *L.* 4. *infr.*
3 † Quod si alio loco, quam Ephesi et Capuæ agetur, dum idoneo: non tantum ibi quinque poterunt peti, sed etiam solida decem stipulatione comprehensa: verum arbitraria actione, ut fit in omnibus quæ certo loco dari promissa sunt, et petuntur alio. *d. L. unica. C. ubi conven. qui cer. loc. d. §. loco, Inst. de act.* In qua actione si quæratur, cujus loci utilitas veniat, consequens est æstimari, quanti alterutrius ex litigatoribus intersit, non solida decem uno loco solvi, sed singula quinque solvi suis quæque locis: nempe quinque Ephesi, et alia quinque Capuæ. Sic enim hæc singula singulis locis, non tota decem uno loco promissa erant.

Ad §. *Si quis insulam.*

Si quis insulam fieri stipuletur, et locum non adjiciat, non valet stipulatio.

SUMMARIA.

1. *Insulæ ædificandæ non adjecto certo loco stipulationem inutilem intelligi, quid ad hunc titulum.*
2. *Ex hac stipulatione si alio loco agitur, non directa agi, sed arbitraria actione.*

AIT: SI QUIS INSULAM FIERI STIPULETUR, ET LOCUM NON ADIICIAT: NON VALET STIPULATIO. Idem traditur in *L. qui insulam*, 95. *L. ita stipulatus.* 115. *resp. infr. de verb. obl.* ubi hujus sententiæ rationem reddidimus.
1 † Id hoc loco quærendum est, quid definitio ad hunc tractatum pertineat: quæ quidem videtur esse alienissima. Constat enim hic solum agi de iis stipulationibus, quibus quid certo loco dari promissum est. Hæc autem definitio de ea stipulatione est, qua quid promittitur, nullo adjecto loco. Et verbis, si quidem intra hæc consisteretur, definitio huic loco non convenit; at sententia atque effectu maxime convenit. Definitio enim ex vi contrariorum hoc efficit, atque adeo eo spectat: ut intelligatur, si quis insulam utiliter stipulari velit, necesse esse habere stipulari insulam certo loco fieri. Quo sensu jam plane definitio ad hoc edictum pertinet. Perinde enim hoc est, quasi Ulpianus diceret cæterarum rerum stipulationes ad hoc edictum pertinere posse, loco adjecto. Sed hoc, si contrahentes velint, quia possunt locum non adiicere, ut nihilominus stipulatio valeat. At insulæ ædificandæ stipulationem non inutilem omnino hue pertinere, quia hæc necessario locum accipiat; cum, ut hic traditur, loco non adjecto, sit inutilis.
2 † Cui consequens est, ut si promissor intra id tempus, quo insulam ædificare potuit, non ædificarit, possit quidem et alio loco agi cum eo in id, quod stipulatoris interest: non tamen, ut quidam scribunt ad *L. centum, infr. eod.* directa actione, sed arbitraria, in qua loci utilitas in æstimationem veniat. Nunquam enim, quod certo loco dari promissum est, alia actione peti potest, si alio loco agitur. *§. loco, Inst. de act. L. unic. C. ubi conven. qui cer. lo. dar. prom.* Nihil ad rem pertinet, quod locus in hac stipulatione necessario adiicitur. Non enim facit hæc necessitas, quo minus verum sit, locum adjectum esse. Quod cum etiam promissoris gratia factum sit: utilitas ejus loci ei adimi non debet. Quo nomine potissimum alio loco agenti arbitraria actio proposita est, ut diserte scriptum est in *d. §. loco. Inst. de act.* Quanquam ne in hac quidem stipulatione necessitas ulla est certi loci adiiciendi. Locum quidem adiici necesse est; sed eum certum, qui stipulatione dictus est, non est necesse: cum alio quovis loco adjecto stipulatio valere potuerit, si ibi ædificari stipulatoris interesset. *d. L. qui insulam. de verb. obl.* Illud plane ridiculum est, quod isti dicunt, quia ex stipulatione proposita agitur in id quod interest eoque incerti: *L. cum qui insulam. supr. de jud.* ideo si alio loco petatur, arbitraria actione non agi. Quid enim? an non potest interesse tam actoris, quam rei illud ipsum quod interest, solvi potius loco constituto quam alio? Quod si interest, an hæc loci utilitas illis servanda

non est? Atqui plane plusquam diserte scriptum est in *d. §. loco, Inst. de act.* sic alio quam constituto agi posse: ne loci constituti utilitas adimatur reo. Ac propter hanc caussam alio loco petenti arbitrariam actionem esse propositam, in qua utilitatis ejus ratio habeatur. Et, rogo, quid ad arbitrariam hanc in hac specie denegandam facit petitio ejus quod interest? Imo vero quid est, in hac petitione, quod non maxime invitare debeat actionem arbitrariam? Scilicet, inquiunt, venit in hanc stipulationem id quod interest, quod est incertum, eoque et hic incerti obligatio contracta intelligitur. At ista ratione si sibi constarent, tanto magis arbitraria actio alio loco agenti dari debuit; quoniam ipsis etiam paulo post auctoribus arbitraria ista actio incerta est. Quod non leviter tantum dicunt, sed etiam in eo immorantur, ut probent certum arbitrario opponi. Quod si verum est; nae incerta haec actio incertae rei petitioni quam maxime convenit. Illud potius videtur dici posse, quominus alio loco petenti id quod interest, necesse sit in eo arbitraria actione experiri: quod insulam aedificari certo loco promissum sit; at non item eodem loco promissum id quod interest. Quod non ita est. Qui promittit quid fieri, verbis factum, re nihil aliud promittere intelligitur, quam id quod interest, si id factum non sit, quod debuit; ut faciendi verbo vi ipsa contineatur summae et quantitatis promissio, id quod interest. *§. ult. Inst. de verb. obl. L. stipulationes non dividuntur, 72. vers. Celsus. L. quoties quis. 81. L. si quis stipulatus, 112. §. ult. infr. de ver. obl.* Quapropter quo loco quid fieri promissum est, eodem loco si factum non sit, et id quod interest, dari promissum intelligitur. Ut negari non possit, si de eo alibi agitur, quin alio loco agatur, quam quo solvi et dari pecunia debuit. Nam et in obligatione ejus quod interest, pecuniam dari debere veteres auctores sunt. *d. L. stipulationes non, vers. Celsus. de verb. obl.* Quod eo dico, ne quis forte hic tergiversetur, et dicat arbitrariam actionem propositam esse de eo, quod certo loco dari debuit. *d. §. loco Inst. de act. Tit. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom.* non etiam pertinere ad obligationes faciendi, in quibus non dari, sed fieri quid promittitur. Etiam in his, ut dixi, postquam factum non est, quod debuit, pecuniam dari oportet, ut tum incipiat esse dandi obligatio.

Ad §. *Qui ita stipuletur.*

Qui ita stipuletur, *Ephesi decem dari*, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat: perperam ante diem agit: quia et Julianus putat, diem tacite huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Julianus ait, eum, qui Romae stipulatur, *hodie Carthagini dari* non utiliter stipulari.

SUMMARIA.

1. *Loco adjectio diem inesse, ante quem agi non possit: iis dies quis, et unde.*
2. *Ante eum diem agi non posse, ne alio quidem loco, quamvis arbitraria agatur.*
3. *Alio loco cur agi possit arbitraria actione: alio die quam constituto non possit.*
4. *Ante diem qui agit, perperam et male eum agere; et hoc quid sit.*

Loco adjecto, veluti *Ephesi decem dari*, quaesitum est initio, quando ex ea stipulatione agi possit: statimne, quod ex verbis videri poterat, et maxime si alio loco arbitraria agatur; an vero non nisi post id tempus, quo Ephesum perveniri potest. Quod nisi aliquando dubitatum, et inter aliquos controversum jus fuisset non uteretur Ulpianus in hac re auctoritate Juliani ad sententiae suae confirmationem: sed ut in jure aperto solet, ita de eo certo affirmaret. Nata dubitatio ex eo, quod traditur, ubi dies obligationi non adjicitur, statim et praesenti die pecuniam deberi, ac peti posse. *§. omnis. Inst. de verb. obl. L. in omnibus obligationibus, infr. de reg. jur.* Cum autem stipulor, Ephesi decem dari, apparet verbis diem non adjici. Quo effici quidem putabant, ex ea stipulatione statim agi posse. † Sed obtinuit, loco adjecto, stipulationi inesse diem, 1

intra quem in locum constitutum perveniri posse; eoque ante eam diem non posse agi. Quæ sententia Iuliani fuit, quam et Ulpianus hic confirmat: eademque pro jure certo et ab aliis quoque recepta est. *L. interdum, infr. de verb. obl.* *§. loco. Inst. de ver. obl.* Non adiicitur verbis hic dies: sed non inest dies stipulationi tunc tantum, cum nominatim adiicitur: sed et tunc, cum facti, aut rei promissæ ea natura est, ut per rerum naturam præstari non possit, prius quam aliquod tempus præterierit: et ante nulla petitio est. *d. L. interdum, de ver. obl.* Quod in locis adjectis accidit, in quibus quid præstare, nisi in ea venerimus, non possumus: nec vero potest eo perveniri, nisi intra id tempus, quo natura perveniri patitur. Unde hunc diem non tantum ex æqui et boni interpretatione, sed etiam necessario inesse Julianus intelligi voluit, ita ut si quid de hoc tempore conventione contrahentium detraheretur, putaret nullam esse stipulationem, tanquam impossibilem. Idque est, quod significat, dum ex prioribus colligit, et Ulpianus confirmat, eum qui cum Romæ esset, stipulatur, *hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari.* Quod non aliunde efficitur, quam quod natura hunc diem exigit: adversus quam facit, qui eum diem adimit. Id tamen quomodo interpretandum sit, declaratur in *L. ult. §. pen. infr. de ver. obl.* et quæ ad eam sententiam pertinebant, ibi exposui pluribus. Ergo quod certo loco dari promissum est, ante quam præterierit id tempus, quo in eum locum perveniri potuit, peti non potest. Id ita esse constat, si loco constituto agatur: ubi secundum formam stipulationis agitur directa actione, non arbitraria. *L.*

9 *4. infr. eod.* † At quid, si agatur alio, idque arbitraria actione, ut permittitur edicto? nunne ut hac actione agenti liceat locum stipulatione constitutum non observare; ita et licere debet non observare diem adjectum, qui propter locum tantum indicitur? Et hic generaliter scriptum est, *ante diem quo Ephesum perveniri possit, perperam agi:* ut significetur, sive loco constituto, sive alio agatur, ita esse. Et vero in hoc argumento arbitrariæ actionis de eo quæritur, qui alio loco agit, non qui constituto; ut verisimile sit maxime propter eum, qui alio loco agit, id esse hoc loco definitum. Sed res dubitatione non caret. Licet enim hic quærere, quod supra attigi, cur locum stipulatione comprehensum liceat contemnere, quem contemnere, quem constat nominatim adjectum esse; diem autem non liceat, qui tacita tantum inest. Quod quidem videri potest absurdum; cum magis retinendum videatur, quod nominatim adiicitur, et contrahentibus placere constat; quam quod inest tacite, et an contrahentibus placeat, dubitari potest; aut certe utrumque retinendum pariter. † 3

Sed alia remittendi loci caussa est; alia diei taciti. Locus constitutus agenti stipulatori remittitur. proposita alio loco actione; quia fuit necesse id facere, si velimus illum jus suum consequi, ad quod aliter pervenire non potest. *L. 1. supr. eod.* At non est necesse, illi remitti necessitatem diei exspectandi: quia non propter eam moram actio illi amittitur, sed in tempus constitutum differtur. Quod æquius ferre debet, cum hoc ipse sibi imposuerit. Quatenus autem fieri potest, a conditione quam stipulatio initio accepit, discedi non oportet. *L. vero, 12. ver. pen. infr. de sol.* At etiam dicat his aliquis amplius, loco constituto contempto, necesse est diem, de quo agitur, tolli. Hic enim inducitur propter locum: ac loco non adjecto, dies nullus esset; *d. L. interdum. infr. de ver. obl. §. loco, Inst. de ver. obl.* Aut igitur locus adjectus res principalis est, dies tacitus hujus loci accessio: aut locus saltem diei inducendi caussa. Atqui utraque de caussa fit, ut loco sublato, dies tollatur: quia et cum principalis caussa non subsistit, non est accessioni locus: *L. cum principalis, infr. de ver. sig.* et quod ob caussam aliquam inductum est, id caussa cessante, et ipsum deficit. *L. quod dictum, supr. de pact. L. in omnibus caussis id observatur, infr. de reg. jur.* Sed in promptu responsio est. Locus constitutus hic remittitur, ac si ita loqui placet, tollitur; at non ante, quam et dies præterierit, quo in locum constitutum perveniri potuit. Neque enim facultatem suo loco solvendi adimi oportet reo, quandiu sine culpa ejus ibi solvi potest. Non ergo metuendum est, ne propter locum remissum tollatur tempus eo proveniendi, cum quandiu id tempus pendet, locus constitutus non remittatur. † Notandum 4

quod ait, *eum perperam agere, qui ante diem agit:* quod alibi dicitur male agere; *L. 1. in fin. supr. quan. di ux. leg. ced.* cum is qui pendente conditione agit, ibidem dicatur nihil facere. Quæ non otiose ita distinguuntur. Qui ante diem agit, nihil quidem facit, ut reo noceat, quia actio nondum nata est. *L. cedere, de ver. sig.* At facit, ut sibi noceat. Incidit enim in pœnam plus petitionis, quia tempore plus petitur. Quæ pœna nulla est adversus eos, qui in totum

nihil agunt, idest, quibus neque venit, neque cessit dies obligationis. §. *tempore*, *Inst. de act.* de quo in *d.* §. *tempore*, quærendum est.

Ad §. *Idem Julianus tractat.*

Idem Julianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere sibi dari oportere. Et (Julianus) scribit liberationem non contigisse, atque ideo peti posse, quod interest. Marcellus autem et alias tractat, et apud Julianum notat posse dici, et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse: quamvis invitus accipere non cogar. Plane si non contingat liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integræ summæ, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ, et ideo quod interest, solum petendum.

SUMMARIA.

1. *Certo loco dari promissum, alio loco creditori recte solvitur.*
2. *Adjecto si solvitur, ignorante creditore, proficit reo ad liberationem sortis: non tamen quominus adhuc peti possit id quod stipulatoris interest.*
3. *Nihil obstare creditoris exemplum.*
4. *Insula certo loco ædificanda quid distet a summa certo loco præstanda.*
5. *Adjecto si solvitur, ignorante creditore, quam recte dicatur liberationem contigisse et nihilominus superesse petitionem ejus quod interest. idque ita, ut solum peti possit, et* num. 3.

Quod certo loco dari promissum est, puta Ephesi, id invito eo cui ex stipulatione solvi potuit, alio loco solvi non potest: nihil ut intersit, cui quis stipulatus sit Ephesi dari: utrum sibi tantum, an sibi et Titio: et debitor recusanti stipulatori, aut Titio alibi
1 pecuniam offerat. *L. pen. infr. eod.* † Non idem juris est, si alio loco volenti solutum sit. Nam si stipulatori ipsi solutum erit: et Julianus hoc loco significat, et Marcellus exprimit in *vers. Marcellus*, sic alio loco volenti recte solvi, ut liberatio contingat, quamvis invitus accipere non cogeretur. Nec quisquam hoc in dubium revocat. Sic enim et aliud pro alio invito creditore solvi non potest: quod tamen volenti ad liberationem recte solvitur. *L. 2. §. 1. supr. si cer. pet. L. eum a quo, L. manifesti, C. de sol.* Sic nec alii invito creditore solvi potest: quod volente eo aut ratum habente si solvatur, liberatio nascitur. *L. invito, C. de sol.* Quod in alia re, et alia persona accipientis juris est; id in loco solutionis multo magis recipiendum est: ut in solutione, sicut aliam rem, aut aliam personam; sic alium locum creditor ultro admittendo æque debitorem liberet. Quæ omnia una ratione continentur. Quidquid enim solutionis caussa volens admittit creditor, an eo illi satisfit. *L. 1. supr. qui sat. coq.* Satisfactio pro solutione est. *L. satisfactio, infr. de sol.* Sed hoc, inquam, in loco ita ratum est: si stipulatori ipsi alio loco solutum sit. † Quæsitum est, num idem pro- 2
bandum sit, si quis stipulatus sit sibi aut Titio Ephesi decem dari, et alio loci solvatur, non stipulatori, sed Titio: quæ hujus loci quæstio est. Movit quæstionem haud dubie stipulatoris similitudo. Nam ut ex superiore stipulatione stipulatori solvi potest: sic et Titio adjecto, etiam invito stipulatore: et quidem ita ut liberatio ipso jure contingat. §. *plane*, *Inst. de act.* Quod quis secutus fortasse facile dixerit, etiam huic, ut stipulatori pecunia quamvis alio loco soluta, debitorem liberari, ut sic nec stipulatori ipsi ulla amplius supersit actio. Quod Julianus negavit. Cujus sententiam Ulpianus hic refert, et adversus Marcellum probat. Sententia Juliani, quæ initio proponitur, observanda est: quæ duo continet: nempe in propo-

sito, si alibi Titio solvatur, et liberationem non contigisse: et quod consequens sit, posse peti a stipulatore, quod ejus interest, pecuniam suo loco solvi, aut solutam esse. *Quod interest*, inquam, solum. nihil amplius, ut ipse Ulpianus extremo explicat. Quæ ideo observanda esse dicimus, ut nota Marcelli, quæ subjicitur, quæ sit, et in quo constiterit, melius intelligatur. Hanc sententiam probaturus Ulpianus necesse habuit dicere, quid sentiret de reprehensione Marcelli, qui Juliani superiorem sententiam notavarat. Itaque sententiam Marcelli proponit, et quid in ea non probet, ostendit; quo amoto, concludit recte Julianum sensisse. Quid notet aut reprehendat Marcellus in superiore sententia, obscurius est: quia refertur ejus sententia concisius, ut quæ plenior ex libris ejus peti posset. Mihi videtur hic esse sensus: ut duo fuerunt in Juliani sententia: ita fuerunt totidem, in quibus quid Marcellus notaret sed dissimiliter. Prius notandu probavit; alterum reprehendit. Illud probat, quod Julianus in proposita stipulatione dixerat, pecunia alibi soluta liberationem non contigisse, nominatim, hac conditione, si Titio adjecto solvatur. Recte Julianus, si Titio: significare volens diversum esse, si alibi solvatur stipulatori: quod et verum est. Potest enim dici, inquit, etsi alibi stipulatori solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogeretur. Et hoc est, quod Ulpianus ait Marcellum notare, *posse dici*. Notat, idest, annotat, non reprehendit. Neque enim recte diceremus, Marcellus apud Julianum reprehendit, *posse dici*. Scio hujus partis notationem vulgo sic accipi, neque omnino inepte, nec improbabiliter: ut et prius dictum Ulpiani reprehendatur his verbis a Marcello, quasi vellet Marcellus intelligi, si pecunia stipulatori alibi soluta liberatio contingit: dici debuisse etiam tunc hanc contingere, cum Titio pecunia alibi soluta esset. Sed manifestius est, vere a Juliano dictum esse, liberationem in proposito non contigisse, quam ut id a Jurisconsulto magno, qualis fuit Marcellus, in quæstionem vocari, nedum reprehendi debuerit, ut postea dicetur. Manifestior etiam stipulatoris et Titii adjecti dissimilitudo, cum de potestate aliquid de stipulatione remittendi quæritur, quam ut isti in hac re comparari debuerint, aut etiam potuerint. Ut plane verisimile non sit, Marcellum hanc partem Juliani sententiæ aut reprehendere, aut ad eam reprehensionem ista comparatione uti voluisse. Sed et hic reprehensionem Marcelli nullam esse declarat, quod Ulpianus in extremo notam Marcelli diluens, de hac reprehensione nihil respondet; non omissurus omnino, si etiam adversus hanc partem in superioribus verbis aliqua reprehensio fuisset. Juliani enim sententiam adversus Marcelli reprehensionem tueri volebat, ut extremum disputationis indicat. Sed et ad sequentem reprehensionem, quam vero reprehensionem posterioris partis esse constabat, ipse respondit. Si duæ hic reprehensiones Marcelli fuissent, non fuit caussa cur unam attigeret, alteram omitteret: cum de tota superiore sententia Juliani quæreretur, quam et ipse probare instituerat. Nec minus hoc idem probat particula, *plane*, quæ sequitur, et qua sequentem reprehensionem ingreditur. Ait enim, *plane si non contingit liberatio:* quæ oratio de prioribus quid mutat ac veluti corrigit, particula enim, *plane*, excipiendi et corrigendi vim habet. *L. 5. vers. plane. supr. de in lit. jur.* Prius ergo probaverat sententiam, qui hanc approbationem subjecta reprehensione mutat, ac corrigit. Et omnino eorum verborum hic legitimus sensus est, quasi ita dixisset: sed ut prius vere dictum sit Juliano; at plane illud non recte, quod sequitur. Verius est igitur, quod in priore parte sententiæ Iuliani notatur a Marcello, notari ad confirmationem ejus, non ad reprehensionem. Ac quam vera sit confirmatio, quamque conveniens Iuliani sententiæ, ex verbis apparet. Sequitur nota et reprehensio Marcelli in iis ipsis verbis, quæ commemoravi. *Plane si non contingit liberatio.* Illud ergo posterius hic reprehendit, quod Iulianus, cum potuisset, si Titio alibi solvatur, non contigisse liberationem: nihilominus solum ait, stipulatorem petere posse quod sua interest, Ut maxime prius vere dici potuerit; at plane, inquit Marcellus, verum non est, quod dicit id quod interest solum peti posse. Nam *si non contigit liberatio*, ut hoc casu voluit Julianus; *dicendum fuit, superesse stipulatori petitionem integræ summæ*, idest, et sortis ipsius, et accessionis, non autem solius accessionis, seu ejus quod interest. Probat hoc argumento, quod *si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberatur.* Ad hæc ita Ulpianus. Priorem notam, in qua non erat reprehensio, ut sententiæ Iuliani et suæ convenientem non attingit, quia hanc quoque confirmatam manere volebat. Posteriorem, in qua reprehensio inerat, solum attingit, quia ad tuendam Juliani sententiam solum erat necesse. Et argumentum Marcelli ita diluit, ut fateatur verum esse, quod ille dicit in fabrica insulæ; sed

neget recte colligi ideo idem dicendum esse, cum pecunia certo loco promissa alibi solvitur: quia dissimiles hæ caussæ sint: pecunia solutio, et fabrica, idest, exstructio insulæ. Quid ergo hac responsione effici vult Ulpianus? Nempe non recte dixisisse Marcellum, cum pecunia Titio adjecto alibi solvitur, *superesse totius summæ petitionem:* non enim superesse petitionem sortis Titio solutæ. Ex quo concludit, quod solum fuit in controversia, quodque solum reprehendebatur, recte hic quoque scripsisse Julianum, id quod interest solum petendum.

Hactenus responsum Ulpiani, ut mihi videtur, dilucide, et vere expositum. In quo etiamnum tria explicationem certiorem desiderant: de quibus breviter dicam eodem
3 ordine, quo ab Ulpiano scripta sunt. † Primum pro certo sumit, quod priore parte sententiæ suæ Iulianus posuit, pecunia Titio adjecto alibi soluta liberationem non contingere: quam tamen contingere fatetur, si pecunia stipulatori ipsi alibi soluta esset; Hoc enim Iulianus satis significat, de Titio adjecto solum loquens, et Marcellus diserte exprimit, qua sententia et Ulpianus acquiescit. At hoc concesso, an non prius illud falsum est, cum Titio pecunia alibi solvitur, liberationem non contingere, ut hoc plerique omnes existimant Marcellum sentire? Quod quidem veterum *de Adjecto* sententiæ efficere videntur. Nam ut stipulatori, sic *Adjecto* recte solvi placuit, ut liberatio ipso jure contingat. *§. plane Inst. de inut. stip.* Nec ad rem pertinet, quod ei alibi invito aut ignorante stipulatore solvitur. Nam et invito stipulatore recte adjecto solvi placet. *d. §. plane.* Et ne forte absurdum putemus tantundem hic extraneo, qui dominus non est, quantum stipulatori domino tribui: alibi traditur, *dum adjecto solvitur, stipulatori ipsi solvi videri. L. si ita stipulatus, 59. infr. de solut.* Quibus rebus quidam moti notare cœperunt ad *L. centum, infr. eod.* atque etiam dicere, verius forsitan esse, sive stipulatori sive adjecto alibi sors solvatur, pœnæ petitionem non superesse. Sed qui in re tam aperta suadent, et superioribus etiam objectionibus moventur, ut sententiam Iuliani hac parte a cæteris dissentientem, et mutandam putent: vel hoc uno satis declarant, quam sint in jure exercitati, quam acutum in rebus paulo obscurioribus cernentes, qui quod in medio est, tot locis a veteribus demonstratum, forma etiam ipsa stipulationis propemodum expositum, non vident. Quanto rectius Bartolus qui quod Ulpianus nihil responderit ad reprehensionem Marcelli, quam ipse in hac quoque parte cum Accursio esse sensit, ideo factum ait, quia ut in re manifesta non fuerit necesse? Et res ita habet. Adjecto recte solvitur non aliter, quam stipulatori, et quidem etiam invito stipulatore; sed hactenus, dum secundum conditionem, quam stipulatio initio accepit, ei solvatur, non aliter: ut puta, dum detur ei, non alii, quantumvis ejusdem juris persona esse videatur. *L. 9. in pr. L. Stichum, §. usumfructum, infr. de solut.* dum detur, solvaturve pecunia; non etiam novatione, acceptilatione, aut pacto obligatio tollitur. *L. quod stipulatus, 10. infr. de sol.* Hæc enim sunt præter formam et verba stipulationis, quibus ita cautum est, ut mihi aut Titio detur: Titio, inquam, nominatim, et detur pecunia, non aliud quid fiat. Proinde et quod mihi aut Titio certo loco dari promissum est, omnimodo recte Titio solvetur, satisque id erit ad omnem liberationem, etiam stipulatore invito; sed dum solvetur loco constituto, ut stipulatio præscribit. Alio loco non licet, quia stipulatio, ex qua hæc omnis extraneo solvendi potestas est, non patitur. Ut conditionem, quam certam habuit hæc stipulatio, immutare stipulator non potest: *L. vero, 12. ver. pen. infr. de sol.* si nec promissor: a quo non magis adversus stipulationem cum injuria stipulatoris fieri quidquam potest. *L. 5. in fin. infr. de ver. obl.* Cur ergo licet stipulatori alibi accipiendo debitorem liberare; adjecto non item? Si quis hic hæsitat, is in jure aperto puериliter labitur, in promptu vero ratio est; quia stipulator creditor est: Titius non est: Titio nihil debetur. *d. §. plane, Inst. de inut. stip.* Creditor quod sui juris est, quovis modo remittere potest, et paciscendo deteriorem conditionem suam constituere. *L. pactum, supr. de pact.* Et, ut supra dixi, quacunque re solutionis loco contentus fuit, ei satisfactum est. Satisfactio pro solutione habetur. *L. satisfactio, infr. de sol.* Alius autem nec paciscendo, nec debitum accipiendo, quidquam detrahere potest creditoris obligationi. *L. nec filius, C. de reb. cred.* Et generaliter nemo alterius conditionem deteriorem facere potest. *L. solvendo, supr. de neg. gest.* Quæ cum sint explorati juris in persona adjecti: apparet verum esse, quod ante dixi, non esse, cur putemus Marcellum fuisse tam imperitum juris, ut sententiam superiorem de pecunia Titio adjecto alibi soluta in dubium vocare vellet, aut quod majoris inscitiæ fuisset, eam damnare, tantum hoc argumento, quod stipulatori ad liberationem

etiam alibi recte solveretur: quasi vero stipulator et adjectus pariter creditores essent: aut quasi ad jus creditoris remittendum tantum liceret extraneo adversus dominum invitum, quantum creditori ipsi, eidemque domino et volenti. Quo magis in eo confirmari debemus, ut existimemus adversus hanc partem in superioribus verbis nullam Marcelli reprehensionem fuisse.

4 Habet præterea ✝ responsio Ulpiani, quod requirat. Nibil enim amplius dicit ad rationem Marcelli, quam sibi videri summæ solutionem distare a fabrica insulæ: neque exprimit, quare videatur distare, quod nobis quærendum est. Nam prima ratione videri possit potius inter hæc nihil interesse. Aut enim volente stipulatore hæc contigerunt, aut invito. Si volente: sive insula alibi ædificata: sive pecunia alibi quamvis adjecto soluta erit: utrobique promissor liberatur. De summa jam supra probatum est. De insula dubitari non debet. Ut enim quis dederit aliam insulam esse, quæ alio loco ædificatur: tamen constat aliud pro alio volente creditore recte solvi. *L. si quis aliam, infr. de sol. L. manifesti, C. eod.* Neque de ea specie hic agitur, sed de ea, cum promissor pecuniam Titio adjecto alibi solvit, invito stipulatore. Cui promissori si recte comparatur promissor insulæ ædificandæ, illum intelligi oportet, qui et ipse insulam invito stipulatore alibi extruxerit. Quod si de invito stipulatore hic agitur, ut agitur, quo ignorante vel aperte repugnante aut insula alibi facta, aut summa alibi soluta sit: an non rursum hic dicendum est pariter ex utroque facto debitorem non liberari: cum certi juris definitio sit, quod quis certo loco dare promisit, alio loco solvi invito stipulatore non posse? *L. pen. infr. eod.* Et utrumque ita esset: nisi in proposito is qui pecuniam alio loco solvit, fingeretur solvisse, invito quidem stipulatore; at solvisse *Adjecto*, cui si locum removeris, ex stipulatione recte solvi potuit. Quod quia hic factum est, ideo recte dicitur distare exstructio insulæ a summæ solutione ea, quæ nunc proponitur. Nam si promissor insulæ ædificandæ alibi ædificarit, nullo consentiente, ac ne *Adjecto* quidem: aperte distat ab eo, qui alibi pecuniam solvit *Adjecto*. Ille namque nullius idonei consensu defenditur, ut potuerit alibi ædificare; hic habet consensum ejus, cui ex conditione stipulationis recte solvitur. Quod si stipulatio ædificandæ insulæ ita concepta erit: mihi aut Titio in illa area insulam ædificare spondes? etsi promissor alibi ædificet, mandante aut ratum habente Titio: tamen ne sic quidem liberari potest; distatque etiam hoc casu fabrica insulæ a summæ solutione: quod qui insulam alibi ædificat, quamvis consentiente *Adjecto*, nihil præstat ejus, quod debuit, sed plane aliud. Distat enim una domus ab aliis corporibus alibi exstructis, non tantum forma et superficie, sed etiam solo. Si quis pyramidem exstrueret pro insula, aperte non liberaretur, quia structura ipsa et superficie hoc aliud corpus est, quam insula. At etiam si quis insulam eadem forma qua convenit, ædificet alibi: tamen quia solum aliud est, in quo ædificat, non minus et hæc alia insula est, quam ea, quæ in loco designato ædificari debuit. Ut enim locus Cornelianus, Sempronianus, Titianus, alia atque alia loca sunt, ex quibus si unus sit promissus, alium non deberi constat: ita et insulæ, prout aliis atque aliis in locis ædificantur, aliæ atque aliæ insulæ judicandæ sunt. Sequuntur enim conditionem loci, cui imponuntur, utpote, cui cedunt. *§. cum in suo, §. ex diverso, Inst. de rer. divis. L. qui res, §. aream, infr. de sol.* Aliam insulam quam promisit, qui invito stipulatore ædificat, is in totum non liberatur, ut qui aliud pro alio solvat invito creditore. *L. 2. §. 1. supr. si cert. pet.* Nec huic ædificatori quidquam profuerit Titii *adjecti* consensus: cum *Adjectus*, ut dixi, formam stipulationis remittere non potuerit consensu suo, ut qui creditor non fuerit. Diversa caussa ejus, qui pecuniam stipulatione comprehensam *Adjecto* solvit. Hic quamvis alibi, quam loco constituto id faciat; tamen semper verum est eum solvere id ipsum, quod debuit. Debuit enim, quod promisit. Promisit autem hanc ipsam pecuniam, quam nunc solvit. Proinde hujus præstatione solvit, quod debuit. Quod si solutione ejus, quod debetur, tollitur omnis obligatio juxta regulam juris: *Inst. quib. mo. toll. obl. in pr.* necesse est eum, qui superius faciat, etiam hac præstatione liberari, solventem ei, cui ex stipulatione recte potuit. Potuit autem adjecto etiam invito stipulatore, *d. §. plane, Inst. de inut. stip.* Nihil nocet, quod alibi solvitur. Etsi enim fit hoc contra stipulationem, nec *Adjectus* in eo stipulatori nocere potest: tamen ne noceat, hactenus recipiendum est, quatenus fit adversus stipulationem: proinde hactenus, ne loci utilitatem adimat stipulatori, sed hæc salva illi maneat. Cæterum interim maneat integra sortis solutio, quæ dum adjecto secundum stipulationem solvitur, recte atque ordine peracta est. Duæ sunt enim hic quodammodo obligationes seu præstationes: una sortis, alia utilita-

tis loci. Quarum rerum una si recte soluta est, non debet solutio utilis propter alteram inutilem, aut omissam vitiari. Arg. in *L.* 1. §. *pen. infr. de verb. obl.*

Restat tertium, quod præcipuam dubitationem habet, extremum illud videlicet, quod dicit, in proposito solum quod interest petendum: dum intelligi vult non superesse sortis Adjecto alibi solutæ petitionem, adversus Marcelli sententiam, qui totius summæ petitionem superesse dixerat. Unde recte colligitur, si cujus rei petitio supersit, solum superesse ejus quod interest. Hic ergo duo dicere intelligitur: primum sortis petitionem hic non superesse; tum quamvis sortis petitio non sit, nihilominus peti posse id quod interest. Sic enim fit, ut dum hoc peti poterit, solum sit petendum. Quorum utrumque videamus, ne falsum sit. Prius quidem supra negare videtur Julianus, cum ait in hac specie liberationem non contigisse. Quid enim hoc aliud est, quam veterem actionem manere? nam hanc manere necesse est, si liberatione non est sublata. Julianum quidem hoc scripsisse Ulpianus refert: sed ita, ut probet: qui non solum Juliani sententiam non repudiat; sed etiam id sibi propositum habet, ut defendat. Insuper et eam sententiam veram esse satis supra ostendimus. Sed nihil Ulpianus postea adversos hanc sententiam. Apparet enim Julianum
5 hoc sentire, cum Titio *adjecto* alibi solvitur, liberationem non contigisse per omnia. Non enim contigisse in eo, quod contra stipulationem factum est. Unde colligit, ideo posse peti id quod interest pecuniam suo loco solvi: quia scilicet alio loco contra stipulationem solutum est. † Id autem ipsum est, quod Ulpianus postea conatus probare. Sed alterum saltem relinquitur, ut quamvis non supersit sortis petitio, tamen et Julianus velint peti adhuc posse id *quod interest.* Repugnat, ut videtur, cum aliorum locorum auctoritas, tum certa et evidens ratio. Repugnantes sententiæ esse videntur, Africani in *L. centum, in fin.* et Pauli *L. ult. in fin. infr. eod.* quibus locis constanter traditur, si pecunia sortis soluta sit, etiam pœnæ, et utilitas loci petitionem tolli. Recte Bartolus, dicta hæc esse, cum creditori ipsi solutum est; aliter atque si *Adjecto* alibi, quam loco constituto, de qua specie hic agitur. Quod ne dubitemus vere dici, Pauli definitio in *d. L. ult.* nominatim concepta est de creditore, qui pecuniam accepit. Africanus autem in *d. L. centum*, etsi ejus quod interest petitionem tolli dicit generaliter hac conditione: si pecunia soluta sit; nec addit, creditori: tamen ex specie ibi proposita hoc idem intelligi necesse est. Hæc enim stipulatio erat, *centum Capuæ mihi dari*, non autem mihi aut Titio. Nec idem sentire eos, si pecunia *Adjecto* alibi soluta sit, non magis quam Juliano aut Marcello visum esse hic refertur, ratio Pauli satis probat reddita in *d. L. ult.* Ait enim, si creditor pecuniam acceperit, nec pœnæ petitionem superesse: et rationem adjicit: quia creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videtur. Perspicuum est, non idem objici posse ei creditori, quo invito pecunia *Adjecto* alibi soluta sit. Neque vero *Adjecti* consensus, secus quam per stipulationem licet, possit ei nocere. *L. solvendo. supr. de neg. gest.* Nihil igitur in aliorum Jurisconsultorum sententiis, aut supra scriptis locis contrarii, neque id tam acutum aut intelligentem lectorem, quam attentum desiderat. Difficilior explicatu est ratio, quæ sequitur. Cum enim decem Capuæ mihi aut Titio promissa sunt, et de sorte et utilitate loci constitui alibi agitur, non hic duæ sunt actiones, una sortis, et altera utilitas, seu ejus, quod stipulatoris interest pecuniam suo loco solvi; sed una sortis, circa cujus exsecutionem, ejus quod actoris interest, ut accessionis, ratio habetur. *L. centum, infr. eod.* At hoc cum fit, quocunque modo sublata sit sortis petitio, etiam si invito stipulatore, una quoque et accessionis petitio evanescit. *L.* 4. *C. dep.* idque ita fieri necesse est, cum principali caussa non consistente non sit accessioni locus. *L. cum principalis. infr. de reg. jur.* Quapropter si, pecunia *Adjecto* alibi soluta, id quod interest actoris adhuc peti posse volumus, quod Ulpianus Juliani sententiam secutus hic fecit: prius etiam sortis petitionem statuamus necesse est: dicamusque id quod Marcellus, superesse integræ summæ petitionem, quod Ulpianus reprehendit; aut si placet sortis petitionem non superesse, simul et ejus quod interest petitionem esse negemus contra, quam Ulpiano et Juliano videtur. Volunt autem id quod interest, a hinc peti posse. Ex quo efficitur saltem illud falsum esse, quod Ulpianus exprimit, solum id petendum; sed una et sortis, et ejus quod interest petitionem manere, ut utrumque peti oporteat juxta Marcelli sententiam. Et ad rem expediendam explicatius quid et certius afferri oportet, quam a Bartolo hic allatum est: verius certe afferri, ut puto nihil potest. Totum, inquit, hic peti potest, non ut actor totum consequatur; sed ut consequatur: interesse: et propter hoc dicitur hic solum interesse petendum, quia propter solum in-

teresse agitur. Simile in *L. Julianus*. §. 1. *de ver. obl.* et in *L. etiam; de sol.* et in *L.* 3. §. 1. *infr. commod.* Hæc ille. Res sic habet. Propter id quod stipulatoris interest, manet vetus actio sortis, qua et tunc sors petetur, cum petetur id quod interest. Idque ita in omni re soluta evenit; ut cum aliquod jus, aut aliqua utilitas rei deest, adhuc res ipsa, quæ soluta videbatur, peti possit, atque adeo petenda sit, quo id quod juri rei decrat, consequamur. *L. etiam. infr. de sol. L. Julianus.* 131. §. 1. *infr. de verb. obl.* Pecunia Titio *adjecto* alibi soluta, deest adhuc solutioni loci constituti utilitas. Proinde ut ad hanc perveniatur, etiam pecuniam ipsam peti oportebit: et ut Africanus loquitur, in *d. L. centum*, *infr.* veterem obligationem esse oportet, ut circa ejus exsecutionem utilitatis æstimatio arbitrio judicis committatur. Et hactenus sortis quoque, eoque et totius summæ, ut Marcellus loquitur, petitionem superesse verum est. Sed non eo minus verum quod hic dicitur, ipsum illud quod interest. quod hic deest, solum peti, non etiam sortem: quia, inquit ille, petitur quidem sors; at non propter se, utpote quam non consequamur; sed propter id quod interest, quod et solum consequimur. Optima ratio, ut efficiatur vi ipsa sortem non peti, sed solum id quod interest. Verba enim cum effectu accipienda sunt. *L. pen.* §. 1. *supr. ne quis eum qui in jus voc. est, vi ex. L.* 1. illic *Hæc autem verba*, supr. *quod quisq. jur.* Quare et id peti intelligendum, quod cum effectu exigendi petitur. Sors autem in proposito aut omnino amplius non petitur, si stipulatoris nihil intersit; aut si petitur, qui ejus propter locum interest, attamen non petitur cum effectu, quia illam non consequitur. E converso petitur cum effectu id quod interest, quia et consequitur. Effectu igitur solum quod interest, petitur; sors ipsa nequaquam. Quamobrem manente vetere actione sortis propter id quod interest, ut manere supra disserebamus, et verum est; nihilominus recte scripserunt Julianus et Ulpianus solum peti quod interest, dum ab effectu petitionem æstimari volunt. Nam hoc sensisse Ulpianum, solum quod interest petendum, non quia sors petenda non sit: sed quia ita petatur, ut per hanc petitionem obtineatur id quod interest, declarat, *L.* 3. §. 1. *infr. commod.* quæ et ipsa Ulpiani est: ubi et ille de eo quod interest rei deterioris redditæ obtinendo, ad eam sententiam loquitur. At quid prohibet, dicet aliquis, quominus Marcelli dictum eodem modo interpretemur? Ait, *si non contigit liberatio*, *superesse petitionem integræ summæ*. Quid vetat, inquam, quominus hoc sic interpretemur: ut tota summa, idest, et sortis et ejus quod interest, peti possit, sic tamen; ut id quod interest solum exigatur, non sors? Et sane in verbis nihil est, quod prohibeat. Sed Marcellum in superiore definitione de effectu petitionis sentire, intelligi potest ex eo exemplo, quo argumenti loco utitur: in quo insula promissa alibi ædificata, vult promissorem in totum non liberari, indicans illum adhuc efficaciter teneri, et de insula ipsa, et de utilitate loci. Merito ergo in solutione summæ, quæ alibi Titio *adjecto* soluta est, hæc sententia Ulpiano displicuit: non quod vellet, ut dixi, sortis petitionem omnino non esse; sed quia vellet non esse cum effectu ad sortem ipsam exigendam.

Ad §. *Nunc de officio.*

Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est: utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat: ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur. Julianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem, cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere. Itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si trajectitiam pecuniam dederat, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam, quod interfuit veniet: et quidem ultra legittimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem.

SUMMARIA.

1. *Summa hujus §. et L. 4. seq.*
2. *Servire quantitati contractus, quid sit.*
3. *Utilitas etiam actoris in actione arbitrario propter locum æstimatur: idque effectum interpretatione Jurisconsultorum, non verbis edicti.*
4. *Utilitas actoris quando in æstimationem veniat.*
5. *In utilitate actoris æstimanda damni et lucri ratio habetur.*
6. *Quæ damna æstimanda in ratione ejus quod interest, et in eo* L. si sterilis. §. cum per venditorem, D. act. em. conciliata *cum hoc loco.*
7. *Utilitas actoris potest æstimari ultra legitimum modum usurarum: et legitimus modus usurarum quis.*
8. *In utilitate æstimanda etiam lucri ratio habetur, cujus lucri, et quando: et hic de* §. cum per, L. si sterilis, de act. em.
9. *Lucrum quod ex mercibus fieri potuit, non nisi negotiatori solito eas merces comparare æstimandum.*

1 Quod † initio hujus capitis brevius dixerat
hoc loco repetitum explicat pluribus, in eo
tractans de officio judicis, quale in utilitate
loci æstimanda esse debeat tum in reo, tum
in actore: idque sive alio loco res petatur,
sive petatur suo et constituto: quale item
non tantum in condemnando reo, sed etiam
in absolvendo. Hæc enim summa est §. hu-
jus totius, tum *L. 4. seq.* quæ ejusdem Ul-
piani est, ex eodem *Lib. 27. ad adjectum*, et
cujus eundem contextum fuisse apparet. Scri-
pserat initio capitis, actionem arbitrariam
utriusque utilitatem continere, tam actoris,
quam rei. Id explicaturus hoc loco diligen-
tius, initio in quæstionem revocat, de qua
2 deinde respondeat. † Sic autem proponit,
utrum judex in hac actione arbitraria *quan-
titati contractus debeat servire*, ut scilicet
neque pluris neque minoris reum condemnet,
quam quantum in contractum de quo agitur, deductum est: an vero *vel excedere vel minuere quantitatem debeat*. In quo nihil aliud quærere intelligitur, quam id ipsum, quod initio definierat, utrum actio arbitraria utriusque utilitatem contineat, tam actoris, quam rei. Excedit enim judex quantitatem contractus, si id quod actoris interest, seu ejus utilitatem æstimat: minuit quantitatem, si æstimat, quod rei interest, ut illic diximus. Et hactenus quæstio. De qua Ulpianus respondent in illis verbis, UT SI INTERFUISSET REI, ubi legendum est ET SI INTERFUISSET, ut intelligamus sic eum jam inde de quæstione proposita respondere: ut respondeat illic primum, et affirmet de reo. Nam ut de actore tantum paulo post respondeat, hic autem quærat tantum de reo, nihil etiam affirmet, absur-

dum est; cum de utroque pariter quæsierit. Sed et de reo hic eum respondisse, oratio sequens indicat. Ait enim: *Julianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem*. Illa verba, *etiam actoris*, hoc exprimunt, non solum rei, sed etiam actoris. De reo igitur prius responderat et affirmaverat. Alioqui male eum in eandem affirmationem cum actore includeret. Eodem modo legisse Accursium glossa ejus probat ad verbum, *ratio*. Hanc enim orationem pro affirmatione accepit, ut cui statim alios locos opponat. Non opponuntur hi quærenti, sed tantum quid affirmanti. Sit ergo vera hujus loci lectio, ut et germana sententia est: *Et si interfuisset rei, ratio ejus haberetur*. Atque hoc citra controversiam, utpote constitutum edicto, quo actio arbitraria alio loco agenti proposita est nominatim rei caussa, quo illi utilitas loci constituti salva esset, ut declaratur
3 in §. *loco*, *Inst. de act.* † Actoris in edicto nulla mentio. Unde dubitatio vetus, an hujus quoque rationem haberi oporteret. *Julianus Labeonis sententiam secutus, etiam actoris habuit rationem*: idest, non rei tantum, de quo constabat; sed etiam actoris, de quo ex edicto dubitabatur. Quod at Ulpianus, dum id ipsum ad quæstionem respondet, nec improbat, sequitur: ut vera initio definierit, actionem arbitrariam utriusque utilitatem continere, tam actoris, quam rei. Dicit Julianum etiam actoris rationem habuisse, secutum opinionem Labeonis. Quod declarat, rem primo controversiam fuisse: positam non in jure certo et constituto, sed in prudentium auctoritate. Alioqui nihil necesse fuisset, aliorum auctoritate hanc sententiam tueri, ubi jus certum pro omni auctoritate sufficeret. Imo vero quod Labeonis opinionem dicit, non sententiam: indicat, ita superius visum esse Labeoni, ut et de eo timide et cum aliqua dubitatione, ut in re controversa affirmaret. Hoc enim differre opinionem a sententia docet Theophilus, et recte, in §. *responsa*, *Inst. de jur. nat.* quod sententia sit, absoluta responsio; opinio, suspensa et timida. Quæ dubitatio, ut dixi, ex edicto, quo hæc actio proposita est, nascebatur: cujus verbis cavebatur reo: actori non item. Atque hinc intelligi potest, quid sit, cur definitionem initio hujus capitis traditam hic repetat denuo. Roget enim quis, cui bono fuerit, eandem sententiam præsertim bene positam, nunc revocare in quæstionem, ac de ea ita respondere, ut idem inculces odiosius. Sed ex iis quæ dixi de actore, et ex verbis quibus in hac re utitur, apparet factum esse potissimum actoris caussa? ut quod initio de ejus utilitate æstimanda strictam dictum erat, ac velut per indicem, id nunc exprimeret, confirmaretque apertius, quorum auctoritate eam rem confirmari oportebat.

Hoc posito, in hanc actionem etiam utilitatem seu quod interest actoris venire: docet quod erat consequens, quando id in æstimationem veniat, et quid sit, quod in ea æstimatione numerari oporteat. † Ac de 4
priore significat, tunc solum æstimari quod interest actoris, pecuniam suo loco solvi, cum per debitorem factum erit, quominus eo loco solveret. Quod quam verum sit, quidque in eo differat actor a reo, cum utilitas loci constituti ab his quæritur, exposui initio capitis, ut in loco, pluribus: illinc peti potest. † In altero occupatur diligentius, quid 5
computandum sit in eo, quod actoris interest pecuniam suo loco solvi. Summa est, ut in eo æstimando et damni quod actor passus est ob pecuniam suo loco mora debitoris non solutam, et lucri quod pecunia illic accepta facere potuisset, neque fecit, ratio habeatur. Nempe juxta definitionem ejus quod interest, quod Paulus in *L. si commissa*, *infr. rem rat. hab.* ita definit, *quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*. Sed et quod de lucro dicit, et quæ in horum utroque numerat hoc loco Ulpianus, pleraque justam dubitationem habere videntur. Quæ ideo hic attingemus brevius, quia de toto genere scripsimus accuratius in *Libro, de eo quod interest*. † In damno, æstimandum ait id 6
omne, quod creditor amisit ob eam caussam, quod Ephesi pecuniam non recepit. Numerat autem hæc: quod pignora ejus ibi distracta sunt ab iis, quibus ipse sub iis pignoribus debebat (finge vilissimo distracta esse) aut quod pœna commissa, quam creditoribus suis promiserat, si quid his illic eodem tempore quo pecuniam illic accipere debebat, non præstitisset. Paulus contra, ut videtur, in *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *infr. de act. em.* Negat enim, tritico vendito non tradito, æstimandum esse hoc damnum, quod emptoris familia ob eam rem, quod triticum non sit traditum, fame laboraverit. Et quid interest, utrum ob rem debitam non traditam familia mea perierit, an perierint pignora, aut facultates pœnæ damnum senserint? In re nihil: qua de caussa distingui hæc non oportet. Quid ergo est? tenendum est illud, quod pluribus docui in eo commentario, quem ante dixi, omnia ista damna, quæ et hic, et in *d. L. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, commemorantur: esse ejusmodi, quæ in ratione ejus quod interest pariter non sint æstimanda,

cum sine conventione solum exiguntur nomine ejus quod interest, in iis caussis, in quibus in id quod interest agitur, ut in emptione, re vendita non tradita. Itaque quod de tritico dicitur in *d.* §. *cum per venditorem*, etiam ad alias res pertinere: et quod illic dicitur in emptione, probandum esse etiam in aliis contractibus omnibus, in quæstione ejus quod interest: propterea quod in hoc æstimando non possint hæc omitti, si ex his constat id, quod vere interest; si non constat, non possint æstimari: præsertim post constitutionem Justiniani, qui in hoc genere æstimari vult, ut omne quod in re vera inducitur damnum, ita solum. *L. unica, C. de sent. quæ pro eo, quod int.* Sed hoc ita, inquam, si hæc exigantur hoc solum nomine, quia petimus id quod interest, et hæc in eo numero esse volumus. Diversum est, si convenerit, ut illa damna præstarentur. Quod si actum sit: nemo negaverit conventionem esse servandam. *L.* 1. *L.* 7. §. *ait prætor, supr. de pact.* At id actum esse intelligitur, cum solutio rei debitæ in certum locum collata est. Ideo enim collata est, ut ejus loci utilitas etiam creditori præstaretur: quamobrem et ea illi præstanda est, idque est, quod hoc loco confirmatur. Idem actum esse apparet, cum solutio collata est in extraneam personam, hoc modo; mihi aut Titio dare spondes? Ideo et hic placet æstimari, quanti intersit stipulatoris, extraneæ illi personæ solvi. *L. liber.* 118. §. *ult. infr. de ver. obl.* Idem placuit et de temporis utilitate, si forte solutio in certum tempus collata sit: *L.* 4. *in pr. infr.* ut appareat tria hæc una ratione contineri, haberique in omnibus rationem utilitatis ejus, quæ in loco, persona, et tempore adjecto a stipulatore spectata est: tantum propter conventionem, seu quia ea adjectione aperte id
7 actum est. † Addit Ulpianus, id damnum, et quod actoris in suprascriptis rebus interest, æstimandum esse etiam ultra legitimum modum usurarum. Modus usurarum duplex est; percipiendarum et jam perceptarum. Percipiendarum modus pro conditione personarum maxime constituitur. Summus autem, idemque legitimus hic est, ne usura centesimam excedat. *L. eos,* §. 1. *C. de usur.* Perceptis modus hic constitutus est, ne excedant duplum sortis. *L. pen. C. de usur.* Priorem modum si accipimus; verissimum est, id quod interest posse excedere legitimum usurarum modum. Nam cum in centum aureos usura centesima sit unus aureus in singulos menses, duodecim in annos singulos: non modo id quod interest, non includitur intra eam summam; sed etiam excurrere potest usque ad quinquaginta, atque adeo ad centum usque: quod multis partibus superat centesimam. Tantum enim vetatur id quod interest, in casibus certis dupli quantitatem excedere. *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod int.* Alterum modum si intelligimus: falsum est hunc excedi posse in eo quod interest. Jam enim dixi, id quod interest, in casibus certis dupli quantitatem excedere vetari. An non igitur saltem hac parte definitio Ulpiani falsa est, qui generaliter definit in æstimationem venire id quod interest, et quidem ultra legitimum modum usurarum? Imo recte Ulpianus, quia de debitis usuris loquitur, aut de iis, quæ si promissæ essent, jure deberentur. Quæritur enim, an quemadmodum eæ non nisi ad legitimum modum usuris debitis constitutum peti possunt: sic nec possit ultra eum modum peti, id quod actoris interest, quod peti posse volumus. Et ait Ulpianus posse. Cui nihil adversatur, quod dicimus ipsum hoc quod interest, duplum sortis excedere non posse, tametsi et hic modus lege usuris constitutus est: quoniam perceptis constitutus est, et non amplius debitis: de quibus Ulpianus non sentit.

† De lucro primum definit, etiam hujus habendam rationem, ac non solius damni. 8
Sententia generalis est, recepta apud omnes, et denique Justiniani constitutione confirmata, in eo quod interest, non tantum damnum æstimandum esse, quod creditor passus sit, sed etiam lucrum, quod is facere potuerit, neque fecit: ut *hic, et L. si fundus, in fin. infr. loc. L. si commissa, infr. rem rat. hab. L. unica, C. de sent. pro eo quod int.* Negari tamen videtur in *L. Proculus, infr. de dam. inf.* ubi respondetur, ex damni infecti stipulatione, ex qua agitur in id quod stipulatoris interest, non esse ei æstimandum id lucrum, quod ex re promissoris facere prius solebat, si promissor opere facto id illi auferat. Negari videtur et in *L. si is cui.* 71. §. *ult. infr. de furt.* ubi ita scriptum est: *furti agere potest is, cujus interest rem non surripi, interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est: non ejus, qui lucrum facturus esset.* Dixi in commentario, quem commemoravi, utroque in loco notari injustum lucrum, quod rejiciatur; ac cur sit injustum, ostendi. Quod traditur, lucri habendam rationem, de justo dictum esse: quoniam injusti lucri nulla sit æstimatio. Nam et de metu edicto generaliter cautum est, quod metus caussa gestum est, ratum non haberi. *L.* 1. *supr. quod met. caus.* Et

tamen non eo minus sic acceptum est edictum, ut placeat vani et injusti metus nullam æstimationem esse. *L.* 6. *L.* 7. *in fin. supr. quod met. caus.* Magis adversari quis existimet: *L.* 2. §. *si navis, vers. portio, infr. de leg. Rho.* ubi Paulus merces levandæ navis caussa in mare jactas æstimari ait, quanti emptæ sint, non quanti vendi potuerint, si pluris potuerunt: et addit rationem, *quoniam detrimenti, non lucri fiat præstatio.* Sed nihil hoc adversus superiorem sententiam. Dictum enim est circa legem Rhodiam: qua lege non constituitur actio de eo quod interest petitoris, qui ob merces suas jactas agit: sed de eo damno quod ille passus est, nempe de jactu. *L.* 1. *infr. de leg. Rho.* Nos de ea actione agimus, in quam venit id quod interest actoris, quærimusque, quid sit habendum in eo quod interest. Ubi recte dicitur, damni pariter et lucri in eo rationem esse habendam. Sed Ulpianus in hoc lucro stipulatoris cumputat, si merces Ephesi, loco constituto solebat comparare, et ex his lucrum facere: ideo autem non emit, quia pecuniam, quæ illic solvi debebat, non accepit. Hic videamus, ne repugnent, *L. si sterilis,* §. *cum per venditorem, infr. de act. empt. et L. ult. infr. de per. et com. et vend.* Quibus in locis aperte negatur, æstimandum esse in actionibus empti et venditi, si emptor ex mercibus emptis negotiari, aut venditor ex pretio merces emere, et inde lucrum facere potuerint. Sed jam dixi et in his exemplis id recte dici, cum de æstimatione ejus quod interest, solum agitur: et futurum fuisse, ut idem etiam hic responderetur, si nihil amplius quam hoc quæreretur, quid in eo quod interest, esset numerandum. Quod et verum est. Sic enim superioribus locis admonemur, nunquam in computatione ejus, quod interest, habendam rationem lucri, quod circa rem non consistit: non quia lucrum non sit; sed quia extra rem sit, hæc utilitas, ac nec damnum ejusmodi in ea quæstione æstimaretur: ut multis ostendi in eo commentario: quem jam dixi sæpius. Quod autem hic dicitur, simul et damni et lucri æstimationem faciendam esse, eo dicitur, quia collata in certum locum solutione, ejus loci utilitas, quam inde sperareot actor, et reus, utrinque ab illis spectata est, itaque actum, ut præstaretur. Et in summa cum lucri rationem habendam esse dicimus, ibi dicimus, ubi et damni pariter contingentis ratio haberetur, ut hic. At ubi damni istius non haberetur, non debet mirum videri, neque in eo quidquam dicitur superioribus repugnans, sibi nec similis lucri rationem haberi dicimus, ut in specie *d.* §. *cum per venditorem.* Pariter enim damni et lucri rationem habendam esse volumus.

Sed et illud animadvertendum est, quod
Ulpianus † lucrum hoc quod ex mercibus 9
debita pecunia emptis fieri potuit, ita stipulatori æstimari vult, si merces solebat comparare, idest, si fuerit negotiator. Quod et ipsum non liquet. Jus enim certum est, quod modo dixi, in eo quod interest æstimaodo non aliter lucri, quam damni rationem haberi. *L. unic. in fin. C. de sent. quæ pro eo quod int.* quod et ipse Ulpianus hic significat. Constat autem omne damnum petitoris æstimari, sive negotiator sit, sive non sit: tantum enim hoc quæri jubetur, an damnum re vera inductum sit. *d. L. unic.* §. 1. *C. de sent. quæ pro eo.* Quo efficitur et lucrum, quod actor vere facere potuerit, eodem modo æstimari debere, sive is negotiator fuerit, sive non fuerit. Et hoc non solum recte colligitur, sed et plane ita se habet, si modo constet lucrum ita futurum fuisse, ut actor intendit. Prius enim de eo constare debet: cum etsi damnum se passum diceret, non minus id probare deberet, eoque non probato adversarius obtineret. *L. qui accusare, C. de ed.* Ita in quæstione juris, ubi de facto constat, jus in damno et lucro idem est. Quemcunque lucrum facturum fuisse, aut damnum fecisse constabit, huic et lucri et damni æstimatio pariter præstabitur. At cum de facto ambigetur, quæreturque de harum rerum probatione: hic aliud damni, aliud lucri natura ad probationem desiderat. Qui damnum petit, petit damnum jam factum. Damnum facere quivis potest: et cum factum est, a quovis probari potest: quæ enim jam facta sunt, certa sunt, et sub sensum cadunt. Aliter, cum de lucro agitur: non agitur de lucro jam facto; sed de futuro, et quod creditor facere potuerit. Hoc lucrum se facere potuisse mercibus comparandis nemo probare potest, nisi negotiator, qui eas emere consueverit. Nam ut facturus fuerit, duo concurrere oportet: ut potuerit merces comparare, et ut voluerit. Potuisse eum, probabitur ex opportunitate loci, ubi merces venduntur. Voluisse autem, non potest probari, nisi ex personæ conditione, si is sit creditor, qui merces eas soleret comparare. Ita si hoc deest, lucrum, quod intendit, non consequetur, etiam si maxime re vera facere cogitarit, quamvis negotiator non esset. Non utique, quia lu-

crum hoc ei, qui negotiator non sit, jure præstandum non sit; sed quia hic respondeamus, quod in re simili Paulus: si id non apparet, non jus deficit, sed probatio. *L. dua, infr. de test. tut.*

Ad L. *Ideo.* 4.

Cajus *lib.* 9. *ad Edictum provinciale.*

Ideo in arbitrium judicis refertur hæc actio: quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque: maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse: tamen aliis locis facilius, et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius, et gravibus usuris.

Quo referatur ratio hujus loci, exponitur dilucide in §. *loco, Institut. de action.* et diximus ad *L.* 2. *in prin. supr.*

Ad L. *Quod si Ephesi.* 5.

Ulpianus *lib.* 25. *ad Edictum.*

Quod si Ephesi petetur: ipsa sola summa petetur: nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit.

S U M M A R I A.

1. *Loco constituto si agitur, arbitraria cessat, et sola summa promissa petitur.*
2. *Constituto loco cum agitur, constituti ad ibi solvendum temporis utilitas æstimanda, non ejus temporis, quo mora ibi facta est.*
3. *In utilitate temporis quæ numeranda.*
4. *Arbitrariæ actionis* de eo quod certo loco, *propria multa, nihil horum esse cum agitur eodem loco, quod inducat arbitrariam actionem ad petendam utilitatem constituti temporis.*
5. *Loci constituti, et constituti temporis ad solvendum caussa longe diversa.*
6. *Tempus quod tacite inest propter locum, longe distat ab eo quod solutioni dictum est.*

Aperte cohæret hoc caput cum §. *ult. L.* 2. *supr.* nec aliunde nascitur adversativa hujus loci, quam ex eo quod illic scriptum erat: ut jam non quia idem auctor sit Ulpianus, Liber idem 27. *ad edictum*, hunc locum cohærentem dicamus; sed quia idem est contextus, eadem connexio non tantum sententiæ, sed etiam verborum. † Dixerat
1 Ulpianus in §. *ult. L.* 2. cum quid Ephesi dari promissum est, si arbitraria actione agitur, judicis officium in ea esse, ut etiam actoris habeat rationem, idest, æstimet, quod ejus interfuit Ephesi dari, atque ita contractus quantitatem excedat, dum majoris summæ, quam promissæ reum condemnat. Sed hoc, inquam, cum arbitraria actione agitur, ut posuit initio §. idest, dum alio loco agitur, quam Ephesi. Ibi enim arbitraria actio locum habet. §. *loco, Inst. de act.* Nunc subjicit particola adversante, diversum esse, si loco constituto agatur. *Quod si*, inquit, idest, *At si Ephesi petatur*, loco nimirum constituto: ipsa sola summa petetur, nec amplius quid: proinde nec quod intersit actoris Ephesi solvi, ut tunc fit, cum agitur alio loco arbitraria actione. Supervacuum hoc monere, dixerit quispiam. Quis enim dubitet, eam utilitatem loci non esse illi præstandam, quam habet? At habet, cum ipse eo loco agit, et eodem illo loco ipsi

solvitur. Quinimo cum ei illic solvitur, satis hæc utilitas illi præstatur. Sed monetur hoc non inepte. Potuit enim interesse actoris eo loco citius solvi, quam eum nunc agitur, ut tamen hanc utilitatem propter moram debitoris non sit consecutus. Unde dubitatio, an cum agetur suo loco, saltem utilitas loci præstanda sit ea, quam creditor mora debitoris amisit. Finge loco constituto interpellatum recte debitorem non solvere: quia autem creditor pecuniam speratam non accepit, non potuisse ibi solvere creditoribus suis: ideo pignora ejus vili distracta esse; pœnam, quam promiserat, commissam: merces ab eo non comparatas, quas comparare solitus erat: quæ sunt illa, quæ alio loco agenti æstimanda esse supra dixerat in *d.* §. *ult.* *L.* 2. An non juste dubitabitur, num in hac saltem mora debitoris, hæc adversus frustratorem æstimanda sint, ut mora sua debitori noceat juxta regulam juris? *d. L. in condemnatione,* §. *unicuique. infr. de reg. jur.* Negat tamen quidquam horum æstimandum esse, ut præstetur, cum loco constituto agitur. Id enim futurum est, si summa promissa sola petitur, nec quidquam amplius. Unde intelligitur, quam operæpretium fuerit de eo certius constitui: nimirum adversus justam dubitationem. Recte hoc Ulpianus, et ex principiis juris notis. Sic enim faciendi obligationes sunt, ut si factum non sit, quod debuit, in obligationem veniat, id quod interest. *L. si pœnam. L. quoties quis. L. stipulationes non, vers. Celsus, infr. de ver. obl.* In dandi autem stipulationibus nihil amplius in obligationem venit, quam res stipulatione comprehensa: non venit quod interest: unde et certæ dicuntur. *L. ubi autem.* §. *ult. de ver. obl.* Quod non ita esset, si id quod interest, veniret. *d. L. si pœnam, de ver. obl.* Nec mora debitoris auget hanc obligationem, ut Africanus scribit in *L. centum, infr. eod.* Inde enim placuit in actione stricti judicii ex mora aut etiam post litem contestatam usuras non deberi: *L.* 1. *C. de cond. ind.* et quod plus est, ne fructus quidem ex mora accedere. *L. videamus.* 38. §. *si actionem, infr. de usur.* Sed hic duæ sunt exceptiones, quæ subjiciuntur: Una, nisi quid petitor sit stipulatus, veluti usuras pecuniæ creditæ: nam usuræ ex stipulatione debebuntur. *L.* 1. *L.* 3. *C. de usur.* nec judicio de sorte cœpto earum petitio tollctur. *L.* 1. *C. de jud.*

2 † Altera, nisi utilitas temporis intervenerit. Cujus temporis? non moræ, ut perperam Accursius et Bartolus interpretantur. Alioqui mora debitoris augebit obligationem pecuniæ etiam stipulatione promissæ: de ea enim hic agitur. In qua tamen id falsum esse modo ostendimus, et iidem illi falsum esse agnoscunt. Nam quod hujus objectionis vitandæ caussa exceptionem ad rem certam, quæ vilior facta sit, aut ad actionem ex testamento referunt, satis in eo præcedentibus Ulpiani verbis refelluntur. Refertur enim totum hoc initium ad illam stipulationem, de qua egerat in *d. L.* 2. §. *ult. supr.* ea autem est, qua actor certam summam Ephesi solvi stipulatus erat. Unde et quantitas contractus illic nominatur, et Ephesus locus solvendi dicitur, et actor stipulator. Certum quidem tempus hic intelligi oportet. Nam dicere omnis temporis præcedentis utilitatem venire, cum suo loco agitur, aperte falsum est: cum illius quidem temporis non præstetur citra controversiam, cum mora facta non est. At tempus moræ intelligi, quasi de eo Ulpianus senserit, quæ ratio loquendi patitur? nam de jure si quæritur, effectum est, hoc tempus accipi non posse. Cujus ergo temporis utilitatem intelligemus? nempe ejus, quod ad solvendum stipulatione constitutum est: ut sit sensus: nisi utilitas temporis stipulatione constituti intervenial. Unde ergo sic intelligemus? Ex consuetudine loquentis, quæ præcedentibus verbis declaratur, et quia juris ratio hanc sententiam postulat: quod jus ille non ignoravit. Loci utilitatem et locum cum prius aliquoties simpliciter nominavit, ubique locum constitutum intelligit. *Ne auferat loci utilitatem reo,* ait in *L.* 2. §. 1. *supr.* Valet: ne auferat utilitatem non cujusvis loci quo quid dari potest; sed loci constituti, utpote quam solam reo salvam esse oportet. §. *loco, Inst. de act.* Et in *ead. L.* §. *Scævola,* in fin. *facit,* inquit, Scævola, *actoris electionem et in re propter locum:* nempe constitutum. Quid hic de tempore? tempus loco comparat, ac do utriusque utilitate actori præstanda quæritur. Loci præstandam negat, cum Ephesi agitur; temporis, ait. Ut ergo locum prius nominans, constitutum intelligit: sic et eodem loco, cum temporis utilitatem dicit, temporis constituti utilitatem accipere debemus. Sic enim ex consuetudine dicentis, ex præcedentibus et sequentibus mens auctoris colligitur. *L. si servus plurium.* 50. §. *ult. infr. de legat.* 1. Sed et hæc sententia sola vitio caret, et sola cum rationibus juris congruit: quæ res facit, ut etsi mens scriptoris hic esset obscura, eam tamen significationem ut in jure auctori cognito sumere deberemus. *L. in ambigua, supr. de legib.* Significat enim, si quis stipulatus sit, Ephesi decem dari calendis illis, aut nundinis proximis, et

intersit creditoris sibi pecuniam illo tempore Ephesi solvi: nisi soluta erit, idipsum quod stipulatoris interest, æstimandum et præstandum petenti quamvis Ephesi. non alio loco agatur: ut ita non loci utilitas, idest, quævis utilitas, quæ ex eo loco alio tempore percipi potuerit, sed solius ejus temporis constituti in æstimationem veniat. Quod et verum est: confirmaturque hæc sententia ab eodem Ulpiano diserte in *l. si fundum.* 114. *infr. de*
3 *ver. obl.* et *L.* 5. *in pr. infr. commod.* ┼ In quo si quærimus, quæ computanda sint, æstimabuntur ea, quæ in utilitate loci æstimanda commemorantur in *L.* 2. *§. ult. supr.* Idque hoc loco sentire Ulpianum apparet. Ait enim, superiora illa, de quibus dixerat, non posse peti, cum Ephesi agitur: et hoc excipit, *nisi utilitas temporis interveniat.* Quo evidenter significatur, utilitate temporis interveniente, illa ipsa in tempore esse æstimanda. Denique quæ in loco adjecto contrahentium conventio est, ut ejus loci utilitas servetur: eadem est in tempore, quod solutioni adjicitur, ut servetur utilitas ejus temporis. Proinde quemadmodum conventio facit, ut superiora illa æstimentur, præstenturque petitori, cum alio loco agitur; sic et in tempore conventio faciet, ut earundem rerum omnium ratio habeatur, ut illic diximus.

Petet igitur actor, quamvis Ephesi agat, non summam solam stipulatione comprehensam, sed utilitatem istam constituti temporis
4 si olla intervenit ┼ Sed qua actione? directane, et ea qua ipsa summa ex stipulatu petitur, an vero arbitraria, ut fit, cum alio loco agenti utilitas loci petitur? *d. L.* 2. *§. ult. supr.* quod quidam putant, et multis defendunt ad *L. centum. infr.* Quæ sententia ex ignorantia eorum, quæ hujus actionis propria sunt et perversa loci et temporis comparatiune nata est. Duo suot propria arbitrariæ actionis ejus, quæ ex stipulatione et aliis caussis stricti judicii jure comparata est, de qua hoc titulo agitur: quorum utromque non patitur, ut ex eo genere possit peti utilitas temporis actione arbitraria. Primom hoc est, quod nunquam arbitraria ex stipulatione et similibus caussis agitur, nisi cum petitur quid præter stipulationem, et obligationem: in quo petendo injuria fiat reo, eamque injuriam tolli placeat, proposita hac actione. Ideo hæc actio proposita est de eo quod certo loco dari promissum est. At non alias, quam cum alio loco agitur; *§. loco Inst. de act.* eodem loco si agatur, nequaquam, ut hic traditur. Cur autem, cum agitur alio loco? quia secundum stipulationem alio agi non potest: *L.* 1. *supr. hic.* Ut si fiat potestas alio loco agendi, ut fieri necesse fuit, non careat ea res aliqua injuria rei, dum ei utilitas loci aufertur, quam illi salvam esse oportuit. Unde et sic actio alio loco data est, ut esset arbitraria ad superiorem utilitatem reo tuendam *d. §. loco. de act.* Et res ita habet: quidquid petitur ex stipulatione ipsa secundum formam et conventionem stipulationis, id directa actione petitur, etiam si petatur id quod interest. Indicio sunt faciendi obligationes, ex quibus sive quid contra factum sit, quam debuit: sive non sit factum quod debuit, in id quod interest, agitur. *§. ult. Inst. de verb. obl. L. si pœnam, L. stipulationes non, vers. Celsus. infr. de verb. obl.* Nemo tamen onquam dixit ex his stipulationibus peti id quod interest arbitraria actione, ac non directa ex stipulatu. Et vero hanc ipsam de stipulationibus incertis proditam esse constat. *Inst. de verb. obl. in pr.* At cum promissum est certo tempore dari, puta Calendis, si petatur post Calendas, non modo nihil fit in eo contra stipulationem, sed maxime ex stipulatione: atque adeo ex stipulatione non nisi post Calendas peti potest. *§. omnis Inst. de verb. obl.* Non est igitur de eo, quod certo tempore dari promissum est, arbitraria actio, tametsi alio tempore petitur. Idque et jus publicum aperte comprobat. Legimus enim propriam actionem de eo quod quis certo loco dare promisit, propositam esse jure, nempe arbitrariam, idque jus multis locis expositum est, ut *§. loco, Inst. de act.* ut hoc titulo, ut *L. unica C. ubi conven. qui cer. lo dar. promis.* At nusquam quisquam ejusmodi traditum de eo, quod in diem, seu certo tempore dari promissum est, ne per significationem quidem, An non plane vitiose, si et de eo non minus actio arbitraria fuit? Sed res loquitur, ideo nominatim de eo quod certo loco dari debuit, hoc jus proditum: ut intelligamus hujus speciei esse proprium; non idem esse in tempore, si quid certa die dari deberet. Proprium ergo hoc actionis arbitrariæ in stipulatione et similibus obligationibus, ut non agatur arbitraria, cum ex contractu et conventione agitur: ut fit, cum alio tempore agitur, petiturque utilitas ejus temporis. Sed proprium ejusmodi, quod si solum esset, et ageretur solum de utilitate actoris, ut nunc de eo tantum quærimus, non esset magnopere laborandum, utrum utilitas ista peteretur directa actione, an arbitraria. Nam cum admissa actione arbitraria, posset actor eam utilitatem non minus consequi (in arbitrarism enim acturis quoque utilitatem

venire effectum est. *L. 2. §. ult. supr.*) parum referre putandum esset, utra ex his ageret, cum pariter utraque suum consequeretur. Itaque si huc tantum esset, de titulo et nomine actionis litem non moverem.

Sed est aliud etiam proprium actionis arbitrariæ, quod præcipue facit, ut cum fructu quæratur, an sit hoc casu arbitraria actio: et idem in hac utilitate temporis petenda docet arbitrariam esse non posse. Quamobrem et hoc adjiciendum est. Id autem tale est. Arbitraria, qua alio loco agitur, utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei. *L. 2. in pr. et §. ult. supr.* et actoris quidem tunc, cum per debitorem mora facta est, quominus suo loco solveret; at rei semper, etiamsi ipse in mora prius fuerit, ut docui ad *d. L. 2. in pr.* Quare si tunc, cum intervenit utilitas temporis, et actor Ephesi summam debitam ac temporis utilitatem petit, simul etiam utilitas rei venit: caussam non dico, quin sit et in tempore actio arbitraria. Quod si rei utilitas non venit, fatendum est non esse arbitrariam: cum id desit, quod maxime hujus actionis in stipulatione proprium est, et cujus caussa potissimum arbitraria est comparata. *d. §. loco, Inst. de act.* At quominus utilitas hic præstatur reo, eadem conditio actionis arbitrariæ prohibet. Ut enim aliquo agente ex caussa stipulationis, aut similibus arbitraria actio utilitatem rei, quæ extrinsecus contingat, contineat, hæc concurrere oportet: Primum ut istam utilitatem actor reo auferat: tum ut auferat ita agendo: postremo ut auferat agendo contra stipulationem. His enim de caussis alio loco agenti arbitraria actio proposita est, et si una aliqua ex his desit, non sit actio arbitraria ad utilitatem loci constituti reo æstimandam, ut declaratur in *d. §. loco, Inst. de act.* At nihil horum dici potest, cum alio tempore petitur, quod ex stipulatione certo tempore dari debuit. Primum si reus sua die non solvit, aut nulla fuit utilitas ejus temporis, quam ideo amiserit, quia tum non solvit: aut si qua fuit, ipse sibi eam ademit, non alius. Cur enim amisit? quia non solvit ipse, quod debuit: qui si solvisset, statim commodum solutionis esset consecutus, liberationem, atque in posterum omni periculo futuri temporis esset liberatus. Quod quia non fecit, factum illi suum non adversario nocere oportet, ex regula juris, *L. factum, infr. de reg. jur.* tanto magis, quod in hoc facto inest culpa et frustratio debitoris: quæ tunc exsistit, cum reus sua die non solvit. *L. magnam, C. de contrah. et commit. stip. L. hominem, infr. mand.* Hanc vero debitori nocere debere non adversario, multo æquius et certius habetur. *L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur. d. L. hominem, infr. mand.* Nec huic contrarium est, quod mora a debiture facta, quominus suo loco solveret, si creditor alio loco petat, placuit nihilominus in æstimationem venire id quod rei interest, ut diximus *L. 2. in pr. supr.* Alio enim loco qui agit adversus frustratorem: sic agendo, præteriti quidem temporis utilitatem non aufert reo, qui eam mora sua sibi ademit; sed aufert præsentem, quam contra stipulationem alibi agendo auferre non debuit. Semper enim idem locus manet, qui initio fuerat; ac de ejus loci utilitate agitur. Nihil ejusmodi in tempore cum actor alio tempore agit. Hic enim non de præsentis temporis, sed constituti, quod jam præteriit, utilitate quæritur. Nunquam autem actor, quamvis alio tempore agendo dici possit temporis constituti et jam præteriti utilitatem auferre reo, quam ipse reus jam ante mora sua sibi abstulit. Sed etsi ab initio in creditore mora fuit, qui oblatam sua die pecuniam sine justa caussa accipere recusavit: tamen ne sic quidem ullam utilitatem extra rem contingentem reus amisisse putandus est, aut si quam amittit, facto suo et culpa amittit, non actoris. Quid enim amittit, cum pecunia non accipitur? pecuniamne? at eam ideo magis habere incipit, quia non accipitur. Desiisset enim habere, si accepta esset: nunc quia accepta non est, retinet. Quid igitur? dicet, inquiunt, se nunc, cum pecunia iterum ab eo petitur, non ita levibus usuris sibi facile esse pecuniam comparare. At si pecunia adhuc apud eum est, nihil necesse est pecuniam fœnori quærere aliunde: cum habeat æque atque ab initio, quod possit solvere. Neque in ea solutione ullum damnum ejus futurum est, si pecuniam habere desinit: quia debuit, et si solvisset, initio, non minus habere desiisset. Quod si pecuniam ideo habere desiit, quia impendit in alios usus, quid obtendere potest cur si quid ex ea re damni contigit, non facto et culpa ejus contigerit? Cur enim impendebat, quam sciebat se quandocunque reposcenti solvere debere? Dices, nolebat molestiam custodiæ ferre tandiu, aut periculo pecuniæ obstringi. Æquum hoc est; sed cum hæc vitare potuerit bonis et honestis ac jure cognitis rationibus sine damno creditoris, non debuit injuriam comminisci, et facto non necessario creditorem lædere. Consequi hoc potuit, si pecuniam iterum offerret creditori, atque hoc non accipiente pecuniam obsignaret, et recte deponeret. Sic enim con-

tinno non tantum omni periculo, sed etiam obligatione ipso jure liberaretur: neque alia liberandi sui, et creditoris lædendi ratio jure prodita est. *L. acceptam. C. de usur. L. obsignatione. C. de sol.* Aliud si secutus est, culpa vel potius dolus ejus est, qui alii nocere non debet. *d. L. factum, infr. de reg. jur.* Utcunque est, dici non potest, quod detrimentum hic contingit, culpa creditoris, ac non propter factum et alienationem debitoris non necessariam accidisse; quod satis est ad eum removendum: de quo quæritur. Sane si pecuniam reus servare voluit, et aut ea periit casu, aut ejus pretium lege publica postea imminutum est: damnum est ejusmodi, quod æquum est, creditorem præstare, et placet præstare debere. *L. qui decem infr. de sol.* Sed damnum, quod contigit non extra pecuniam, sed in pecunia ipsa debita: de quo nunc non agimus. Et sane ut hoc damnum reo amoveatur, nihil arbitraria actione opus est; directa sufficit: quia si petetur pecunia, potest reus se tueri doli mali exceptione, ut scriptum est in *d. L. qui decem, de sol.* Neque vero huic exceptionis aliis in judiciis locus est, quam in strictis, et iis quibus summa ipsa principalis petitur. Nam ut ibidem adjicitur, si pecunia ex bonæ fidei judicio debita post creditoris moram perierit, ipso jure desinit debitor teneri, eoque nec exceptio desideratur. Tum autem ad eam rem arbitrarium ullum judicium esse necessarium nusquam lectum est. Ac non esse in tempore adjecto necessarium, inde intelligi potest, quod eadem exceptione tutus futurus esset reus, etsi pecunia pure promissa esset, in qua accipienda creditor moram fecisset, ac deinde ea contigissent, quæ supra dixi. *d. L. qui decem.*

Apparet igitur aut reo nullam extrinsecus utilitatem amitti, quod non solvit sua die: aut si qua utilitas hæc fuit, hanc ipsum sibi adimere, non ei adimi ab actore, sive debitor ipse moram fecerit, quominus daret, sive non fecerit; qua de caussa hæc illi utilitas præstari non debet. Sed ut aliqua utilitas ei auferetur; nondum tamen satis ad eam exigendam, inducendamque in hoc arbitrariam actionem. Exigitur, ut hanc utilitatem actor auferat agendo: ut fit in loco constituto, cum alio loco petitur. *d. §. loco, Inst. de act.* At cum alio tempore agitur, quam constitutum est; si quam utilitatem prius habuit reus, et eam non amisit, etiam tunc habebit, cum agetur, eoque nec desiderabit. Si prius amisit: apparet non ideo amitti, quia nunc cum ipso agitur: cum tunc non habeat, quod amittat. Exigitur præterea, ut actor hanc utilitatem auferat contra stipulationem, ut evenit, cum alio loco agitur. *L. 1. supr. hic.* Nunc autem, ut dixi, alio tempore quam constituto recte agitur et secundum stipulationem: imo vero ex stipulatione non aliter agi debet: ut dicendum sit, si qua utilitas ob eam petitionem reo absit, non debere actori id fraudi esse, qui suo jure utitur. Arg. *L. nullus, infr. de reg. jur* Hæc abunde probant, cum utilitas tempus intervenit, stipulatorem sic recte hanc petere, ut petat ipsa actione ex stipulatu, non arbitraria: et ut forte arbitrariam quis esse hic diceret, non tamen esse illam arbitrariam, quæ utriusque utilitatem contineat, præcipue rei: cum in hac caussa nulla sit temporis utilitas, quæ reo adimatur, aut adimatur alio tempore agendo, aut adimatur contra stipulationem: quæ tamen omnia arbitraria actio exigat, ad utilitatem rei æstimandam.

Quid est igitur, quod ✝ movet quosdam, ut 5
arbitrariam actionem hic esse dicant, etiam in tempore, et in eo rei quoque rationem habendam? quia scilicet id fieret, cum non suo loco loco agitur. Cur non, inquiunt, et cum non suo tempore, ut eadem sit ratio temporis et loci? Hæc vero qui comparat, et quid in proposito inter ea intersit, non videt: is res dissimillimas manifesti juris et æquitatis ignorantia comparat. Quam enim hæc diversa sunt in omnes partes, sive solvendi, sive petendi facultatem spectes, sive iniuram petitionis? facultas in utroque solvendi longe dissimilis. Qui certo loco dare promisit, alio loco solvere invito stipulature non potest. *L. pen. infr.* Qui promisit certo die, is ante diem solvere potest: *L. quod certa, infr. de sol.* et post diem non solum potest, sed etiam debet, ut quandocunque postea offerat, si actor recuset, moram faciat, nec sit impune. *L. qui decem, infr. de sol.* Nec minus dissimilis facultas petendi, de qua nunc quæritur, sive eodem loco et tempore, quæ constituta sunt, agatur, sive aliis. Actor loco constituto et natura semper agere potest, et jure, quod illi stipulatio dat: ut nisi ibi agat, nonnulla culpa ejus sit, quam in æstimanda loci utilitate æquum sit, reo ab illo præstari. At die constituto, etiam si velit, agere non potest. *§. omnis, Inst. de verb. obl.* Ut profecto si eo non agat, nihil sit, quod ei queat imputari. Quod si de aliis locis et temporibus agitur, an non eadem est hæc dissimilitudo? Alio loco agere stipulator non potest nisi adversus stipulationem. *L. 1. supr.* ubi dixi: ut merito sic ad illic agendum admitti debeat: ne loci con-

stituti, qui adhuc manet, et quo experiri potest, utilitatem contra stipulationem cum summa iniuria auferat reo. Alio autem tempore, ut dixi, non modo petendi jus est, sed etiam hoc stipulatio continet, atque hoc inter contrahentes agitur, ne agatur, nisi transacto tempore, proinde et alio: quo jure qui utitur, nihil iniuria facit, nihil detrahit alteri, quia utitur suo. Quid effectus et iniuria petitionis, an non et hæc insigniter dissimilis? Alio loco agendo actor adimit reo utilitatem præsentem loci constituti, quæ non minus reo salva esse debet, quam quæ præteriit: quia quocunque tempore agatur, semper locus idem nunc est, qui ab initio fuerat constitutus: quam ob caussam et arbitrariam actionem potissimum inductam esse legimus in *d.* §. *loco, Inst. de act.* At qui alio tempore agit, nunquam ita agendo temporis constituti utilitatem potest adimere. Spectatur enim temporis constituti utilitas non sæpius, sed eo ipso tempore tantum, quod constitutum est: id enim tempus unum est non plura. Quare aut jam tum, cum eo tempore solutum non est, aliqua utilitas ideo adempta est, aut nulla. Si jam tum adempta: non est, aliqua utilitas ideo adempta est, aut nulla. Si jam tum adempta: non adimitur nunc agendo. Si adempta non est: ne nunc quidem certe adimitur. Præteritis enim temporis utilitas ea petitione adimi dici potest; constituti non potest, quia id jam præteriit: nec fieri potest natura, ut quod tempus utilitatem suam salvam habuit, non etiam habuerit. Facta enim infecta fieri non possunt. Quamobrem nihil minus verum est, quam eandem esse rationem temporis et loci: quæ et natura, et juris ratio tam manifeste separavit. Nec quidquam minus convenit, quam dicere, ut in loco rei: sic in tempore hujus ipsius rei habendam esse rationem, cum alio loco, et alio tempore agitur. At enim, inquiunt, æque spectatur et æstimatur utilitas temporis ac loci in hac *L.* 4. Sed in actore æque spectatur, de hoc enim agitur et in *L.* 2. §. *ult. supr.* et in hoc *fragmento*, quod illius superioris disputationis appendix est et diserte de pecunia petita hic dicitur, quæ petitio alii, quam actori non convenit. Non æque vero spectatur in reo, ac nec potest, ut ante planum feci. At non minus læditur reus ex tempore, quam ex loco. Etsi hoc non semper accidit: tamen ut accidat, non ideo utilitas temporis æque præstanda sit reo, ut loci. Utilitatem enim loci semper illi actor auferat, cum alio loco agit: quam ideo illum præstare æquum est. Utilitatem temporis aut nullam amittit reus, qui sua die non solvit, aut si amittit: hanc ipse sibi adimit facto, suo; non actor, cum alio tempore, quam constituto agit. Hoc factum reo, non actori nocere debet, ut multis ostendi. Imo, inquiunt, propter locum etiam ratio habebitur temporis. Loco enim tempus inest: igitur et remota ratione loci, superest temporis ratio. ✝ Quam male hic quoque, ut superiora, 6
comparantur tempus, quod tacite loco inest, et id tempus, de quo nunc agitur? Loco inest tempus; at non id, quo pecunia solvi debeat, sed intra quod perveniri possit in locum constitutum, *L. interdum, infr. de ver. obl.* §. *loca, Inst. eod.* Nos de eo tempore agimus, quod nominatim stipulatio adjectum est, quo eodem ex conventione pecunia solvi debuit. Censemus hæc tempora esse similia? Atqui ad obligationem, de qua quæritur, sunt contraria. Nam tempus solutioni constitutum est id, quo pecunia ex conventione solvi debuit, ac nisi solvatur, mora fiat. *d. L. magnam, C. de contrah. et committ. stipul.* Tempus autem, quo perveniri in locum constitutum potest, est ejusmodi, intra quod placet nihil deberi aut peti posse eoque nec fieri moram, si per id tempus pecunia soluta non sit. Atque hinc evenit, ut prioris, idest, constituti utilitas æstimetur stipulatori adversus reum, qui tum non solvendo moram fecit, de quo hic agitur: posterioris utilitas nunquam in æstimationem veniat, ut actori præstetur, cum per id tempus nihil debitum fuerit. Ita si qua similitudo placet, invertendum potius fuit hoc modo argumentum: utilitatis temporis quod loco tacite inest, ratio non habetur, ergo nec utilitatis temporis constituti habebitur. Sed quam hoc totum vitiose colligitur? Alioqui hoc argumento etiam efficieretur, utilitatem temporis constituti non esse præstandam actori: quia nec illius, quod tacite inest utilitas ei præstanda sit. Summa sit hæc de utilitate loci et temporis reo æstimanda: cum alio loco agitur, arbitrariam actionem esse, qua utilitas loci constituti æstimetur et præstetur reo: quia semper hæc illi auferatur ista petitione contra stipulationem. Cum autem agitur alio tempore, non esse hic actionem arbitrariam, ne stipulatori quidem ad petendam utilitatem temporis, quæ intervenit: certe non eam, qua æstimetur utilitas rei, quæ in eo tempore fuerit: quia hæc illi facto actoris nunquam adimatur; non agendo contra stipulationem.

Ad §. *Interdum judex.*

Interdum judex, qui ex hac actione cognoscit (cum sit arbitraria) absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? In summa æquitatem (quoque) ante oculos habere debet judex, qui huic actioni addictus est.

SUMMARIA.

1. *Actione arbitraria, qua alio loco agitur, reum quem debere constet, interdum absolvendum: id contingere tribus in in caussis, singularum æquitas, Prima.*
2. *Secunda.*
3. *Tertia,*
4. *A reo qui absolvitur, ne alio loco solvere cogatur, cautio exigitur: et cautionis ratio, atque effectus.*
5. *Æquitatem plenius spectari in arbitrariis, et bonæ fidei judiciis, quam in strictis, ut ex stipulatu.*

Cum alio loco agitur arbitraria actione, convenire videbatur actioni, ut semper reus condemnaretur in pecuniam petitam, habita ratione ejus, quod utriusque interest: non enim datur actio, nisi ejus persequendi et consequendi caussa, quod debetur, ut est definitio actionis. Hinc dubitatio, an judex qui de hac actione cognoscit, possit aliquando reum, quem debere constet, absolvere. Hic statuit Ulpianus posse, atque etiam debere, si id æquum videatur. Etsi enim alio loco actio constituta est: tamen constituta est arbitraria. Cujus vis est ea, ut judicem oporteat in ea rem ex bono et æquo arbitrari. §. *preterea, Inst. de act.* Idque est, quod dicit, æ-
1 quitatem ante oculos habere debere judicem,
qui huic actioni addictus est. † Docet autem tribus de caussis, æquum fieri, ut reus alio loco conventus, ibi absolvatur. Prima est, *si dicatur pecunia* loco constituto *oblata actori*; quam ille accipere recusarit. Justa hæc caussa est. Nunquam enim mora creditoris eam commoditatem solutionis reo auferre debet, quam is habiturus esset, si creditor pecuniam accipere voluisset, *L. qui decem, infr. de solut.* Quare si qua commoditas debitoris est, loco constituto pecuniam solvere, quam et ibi pro suo commodo prius obtulit: hanc utilitatem illi adimi non oportet, cum per creditorem steterit, quominus ea nunc frueretur. Nec dicit creditor, se quidem prius moram fecisse; at nunc cum petit debitorem sine caussa recusantem posterius moram facere: posteriorem autem moram nocere. *L. illud, infr. de per. et com. rei vend.* Recte enim referetur ex adverso, debitorem nunc posterius moram non facere recusando: quia ita recuset, ut paratus sit et loco constituto, ut antea
solvere. † Secunda caussa est, *si dicatur*, in- 2
quit Ulpianus, *pecunia deposita*. Hoc si accipiemus: si dicat debitor se in locum constitutum venisse solvendi caussa, et cum illic creditorem non offenderet, se ibi pecuniam reliquisse, et deposuisse apud amicum, qui creditori illic invento quandoque solveret. Hæc bis ad absolvendum reum idonea caussa est. Primum quod et tunc mora in re fit, cum non exstat, qui conveniatur. *L. sed etsi, in fin. infr. de usur.* Deinde quod ex fide et diligentia solutionis hæc difficultas præstationis illi nata est, quod pecunia ex fide alibi relicta, desiit habere eam, quam ibi recte solveret, ubi nunc petitur. Vel mora creditoris, vel ipsius debitoris in solutione fides, et novum incommodum hinc natum merentur, ne quid eorum debitori noceat. Arg. *d. L. qui decem, de solut.* Depositam pecuniam hic non intelligemus, quo modo depositio pecuniæ in liberationibus debitorum accipi solet, quasi hic debitor pecuniam obtulerit loco constituto creditori, et cum non acciperetur, eam obsignatam solemniter deposuerit; quod cum fit, statim debitor liberatur, *L. 1. in fin. infr. de usur. L. tutor. pro, in fin. infr. de administr. tut. L. acceptam. C. de usur.* Post hanc enim depositionem non deberet dici, reum ex hac actione esse absolvendum, ut Ulpianus loquitur: sed nullam

omnino adversus eum actionem esse, qui ipso jure esset liberatus. Multoque minus adversus liberatum conveniret dici, quod idem ait, debitorem sic ibi ubi nunc agitur absolvi debere, ut nihilominus pecuniam loco constituto solvere debeat, ac de ea ibi solvenda cavere. Solutio non exigitur ab eo, qui nihil debet. Denique hoc constat, adversus eum, qui ita deposuit, ut dixi, nullam creditori superasse actionem *d. L. acceptam, C. de usur.*

3 † Tertia et postrema caussa est, *si dicatur*, inquit, *pecunia ibi*, ubi promissa est, *ex facili solvenda*, seu solvi posse. Finge debitorem hoc dicere, habere se institorem in loco constituto, qui statim solvere possit vel institori creditoris, qui eodem loco degat, vel aliis mercatoribus, quibus creditor velit; se autem per equos cursorios, quorum copiam habeat, posse primo quoque tempore institorem suum admonere, ut solvat. Hæc quoque honesta defensio est. Nam eodem auctore Ulpiano, non, magnum damnum est in mora, modici temporis. *L. si debitori, supr. de jud.*

4 † Sed ex his caussis non simpliciter reus absolvendus est, cum alio loco agitur; verum, hæc conditio est, quam Ulpianus adiicit, si debitor prius cautionem exponat de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, idest, ubi ex promissione dari debuit. Cautio stipulatio est, qua stipulanti creditori de ea repromittatur, et caveatur a debitore. *L. sancimus, C. de ver. sig.* Sed eum debitor ad eam rem vetere stipulatione teneatur, quid opus est nova. Quia absolutione judicii futurum est, ut veteris istius stipulationis actio, quæ in judicium deducta est, tollatur, exceptione rei judicatæ debitori parta. Cui exceptioni locus futurus est, ubicunque reus postea de eadem re convenietur sive hic, ubi nunc agitur, sive loco constituto. *L. 3. 4. 5. infr. de exc. rei jud.* Quod cum iniquum sit, debitorem ita in totum liberari, neque nunc ab Ulpiano id agatur: sic placet reum tunc simpliciter absolvi, ut nihilominus pecunia loco constituto solvi debeat, et peti possit. Quod non aliter fit, quam nova cautione interposita, quæ eum in judicium deducta non sit, nec eo judicio tolli potest. Quid, si debitor absolutus etiam post hanc cautionem loco constituto non solvet? non modo loco constituto agi poterit: sed etiam in eo, ubi prius agebatur. Nam et posteriore stipulatione promissum, est, certo loco dari: quæ adjecto et alio loco agenti arbitrariam actionem inducit. *L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc. dar. promis.* Quod si reus alibi conventus ex suprascriptis caussis iterum absolvi velit: non dubito, quin ex duabus prioribus postea incidentibus absolvi debeat: in quibus eadem ratio est absolutionis, quæ prius fuit, et quæ indicant per reum non stetisse, quominus uti promiserat, pecuniam suo loco solveret. In tertia si fidem non servavit, quia ea celeritate usus non est, qua se usurum promiserat, putem idem iterum allegantem non esse audiendum. Dignum enim esse, cui nunc idem affirmanti non credatur, qui in eo prius fefellit: indignum esse beneficio cautionis, qui adversus eam cautionem prius commisit. *Arg. in L. auxilium. in fin. supr. de min.*

IN SUMMA ÆQUITATEM. † Quod ait, *judicem debere habere æquitatem ante oculos*, et nominatim cum judicem, *qui huic actioni addictus est*: non otiose additum est de actione, ut Accursius sensit: qui, *huic actioni*, sic interpretatur: ut sit, vel huic actioni, vel alii, ut pariter in omnibus æquitatem sequi oporteat; Sed consulto additum, discretionis caussa: quia natura actionis id admittit: quod non item fit in strictis judiciis. Alioqui sane male distinguerentur judicia stricta a bonæ fidei judiciis, et arbitrariis, idque in eo, quod in his posterioribus eorum ratio haberetur, quæ alterum alteri ex bono et æquo præstare oporteret. Quam tamen distinctionem juris certi esse constat. *§. actionum autem, §. in bonæ, §. præterea, Inst. de act. L. 3. §. in his, infr. de usur.* Nam quod dicitur, in omnibus rebus potiorem esse debere æquitatis, quam stricti iuris rationenem, *L. placuit, C. de jud.* apparet ad eas species pertinere, in quibus strictum jus pugnat cum æquitate: quod fit, cum subtilitate verborum quid præstandum est, quod præstari non est æquum. Id ubi accidit, verissime dicitur, semper potius spectandam esse æquitatem, et hanc judici sequendam; ut sit sententia, si quid ex verbis præstandum, est, nunquam tamen exigi posse, si sit iniquum. Non enim potest exigi, ne in stipulatione quidem, quæ maxime est actio stricti juris. *L. alias, supr. de in lit. jur.* Unde quibus de caussis æquum non est præstari, quod verbis stipulationis promissum est, ex bis sic infirmatur stipulatio, ut petitio quæ hinc summmo jure consistit, doli mali exceptione summoveatur. *L. si quis cum, infr. de verb. obl. L. dolo, C. de inut. stip.* Nec aliam sententiam habet, quod dicitur in *L. bonam, C. de obl. et act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nempe hactenus in omnibus ex æquo consideranda, ne ex his de quibus convenit quidquam exigatur contra æquitatem et bo- 5

nam fidem. At non si quid præter conventionem æquum videatur, id omnibus in judiciis præstandum est. Certe in judicium ex stipulatu non venit, nisi et de eo nominatim convenerit. *L. quia. supr. de neg. gest.* *§. ult. Inst. de oblig. ex cons.* Solum hoc in bonæ fidei judiciis et arbitrariis receptum est. *d. §. in bonæ. et §. præterea, Inst. de act.* Quam ob caussam præcipua quadam ratione et horum judiciorum propria recte dicitur, in his judicem semper ante oculos æquitatem habere debere: quia scilicet prolixius, et in utramque partem habere debet, non solum ut si quid iniquum sit præstari, id non præstetur; sed etiam si quid æquum sit concedi, id præstetur. Est autem hæc actio arbitraria.

Ad L. *Si Heres* 6.

Paulus *lib.* 28. *ad Edictum.*

Si heres a testatore jussus sit certo loco quid dare: arbitraria actio competit.

Ad L. *Aut mutua* 7.

Pomponius *Lib.* 22. *ad Sabinum.*

Aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur.

SUMMARIA.

1. *Arbitrariam actionem de eo quod certo loco solvi debet, propositam edicto ex stipulatione; sed nihilominus competere recta ex omni alia caussa, tam contractu, quam testamento: et cur.*
2. *Non competit de pecunia constituta, quam quis certo loco se soluturum constituit, nisi utilis, et cur.*
3. *Arbitraria agi in aliis quoque caussis, quid valeat.*

Ex stipulatione, qua quid certo loco dari promissum est, si alio loco petatur, et actionem esse, et arbitrariam competere, supra dictum est: nec ad aliam caussam collata est tota disputatio superior de arbitraria actione, quam ad stipulationem, *L. 1. L. 2. §. 1.* et deinceps tota, *supr. eod.* ut possit quis existimare proprium hoc jus esse stipulationis.
1 † Ne ergo id nos fallat, hic declaratur et ex aliis caussis omnibus eandem actionem competere, quibus quid ut certo loco detur, cautum est: modo ut sint similes, id est, et jure civili actionem itidem pariant, et sine adjectione loci sint stricti juris: puta siquid tale testamento, aut ex mutuo cautum sit; ut si heres a testatore jussus sit certo loco quid dare: aut mutua pecunia sic data, ut certo loco reddatur: quæ sunt hujus loci exempla. Quæri potest, quid fuerit opus hac cautione. Nam si edictum conceptum est de eo, quod certo loco dari debuit; non potuit esse dubium, quin ad omnes hujus generis obligationes pertineret, nec proprium esset stipulationis: ut proinde de eo diligentius monere supervacuum et ineptum fuerit. Et res ita habet. Unde adducor, ut putem, edictum non ita generaliter conceptum fuisse: sed nominatim de eo, quod quis certo loco se daturum promiserit: ut verbis conferretur ad stipulationem dumtaxat, non etiam ad cæteras caussas. Multaque concurrunt ad conjecturam. Ipsa quidem declaratio hujus loci non admodum obscure: quippe quæ in generalibus illis verbis edicti nullam justam quæstionem habere potuit. Sed et illa non minus. Primum *L. 1. supr.* in qua Cajus generaliter tractans, an actio alio loco agenti dari debuerit, et quæ detur, et in summa quæstionem ad edictum, quod de ea actione erat, accommodans, ejusque edicti rationem reddens, totam quæstionem ad stipulationem retulit,

et in ea actionem utilem alio loco comparatam esse respondit. Tum Tit. *C. ubi conven. qui cer. loc.* qui cum aperte proponat summam ejus juris, quod de hac parte propositum est: sic tamen inscriptio est: *ubi convenitur, qui certo loco dare promisit;* non autem, qui certo loco dare debuit. Cur, cum non minus et hoc commode dici potuerit, eoque et debuerit, siquidem iisdem verbis edictum conceptum esset? an non quia illa inscriptio ex edicto erat, cujus verbis in hoc jure proponendo uti conveniebat? In primis vero quod scriptum est in *L. si duo,* §. 1. *infr. de pec. const.* si quis constituerit se certo loco soluturum, ait Ulpianus, id et alio loco *exemplo arbitrariæ actionis peti posse.* Non est arbitraria, idest, non verbis edicti proposita, quæ hujus exemplo competit. Illa enim dicitur competere exemplo alterius, quæ est utilis, nec competit ex verbis edicti, quo illa altera proposita est. *L. pen. in pr. infr. de inst. L. Julianus,* §. *si procurator, infr. de act. empt. L. cum res, C. si al. res. pig. dat. sit.* Verba igitur edicti de hac specie non fuerunt de eo, quod certo loco dari debuit. Alioqui quod et certo loco constitutum esset, verbis contineretur, nec diceretur alibi peti posse exemplo arbitrariæ actionis; sed ipsa illa arbitraria actione, qualis proposita est edicto. Cur ergo cum de stipulatione esset edictum, acceptum est etiam de cæteris caussis similibus, ex quibus quid certo loco debuit dari a quia facile intellectum est, quod dictum est de stipulatione, non similium actionum excludendarum caussa dictum esse; sed partim commoditatis caussa, dum brevitati studetur, partim ut aliæ actiones, quæ stricti juris sunt, magis includerentur. Ex omnibus enim contractibus qui sunt stricti judicii, maxime hujus generis est stipulatio, in quam nihil amplius venit, quam quod in stipulatum deductum est. *L. quia, supr. de neg. gest.* Benignior est, et latior actio ex testamento. *L. in minorum, C. in quib. cau. in inte. rest. nec. non est. L. in testamentis, infr. de reg. jur.* In mutuo quoque extra apertam conventionem quædam ex natura negotii præstantur. *L. 3. supr. si cer. pet.* ut quamvis et hæ actiones sint stricti juris; *L. alias, supr. de in lit. jur.* tamen ex omnibus minus tribuatur stipulationi. Ex qua facile fuit ita colligere: si de eo quod certo loco stipulanti promissum est, actio est, qua alio loco de ea re agere liceat, eaque arbitraria, ne injuria fiat promissori: cum tamen in stipulatione, natura judicii, minime ex omnibus concedi debere videretur: quanto magis in eo quod ex legati, aut mutui caussa certo loco dari debet, quarum caussarum natura plus admittit, idem tribui sententia prætoris intelligendum est? Hinc factum, ut ex cæteris actionibus stricti juris placeat, non minus esse arbitrariam et quidem ex verbis, quasi quod de stipulatione dicitur, exempli caussa dictum sit, quo et similes specie nihilominus significarentur: ut fit in rebus ejusdem generis, quarum de una aliqua quid definitur, et definitio ratione omnium communi continetur. *L. 1.* §. *quod vulgo, infr. unde vi.* Et tamen quia ex verbis nonnulla messe potuit dubitatio, ideo recte fit, si et de eo constituatur: quod hic factum est. † Cur non 2
igitur et in constituto idem placuit, ut et in eo ageretur alio loco arbitraria actione, non exemplo arbitrariæ actionis? Quia veriti sunt veteres, quod de stipulatione dictum erat, longius proferre, quam ad caussas stipulationi similes, idest, et quæ stricti judicii essent, et ex quibus similiter jure civili esset actio: quale est legatum et mutuum, de quibus hic agitur. Quod non item pertinet ad pecuniam constitutam: de qua constituta est actio jure prætorio, non ut ex stipulatione jure civili. §. *de constituta, Inst. de act.* Sed quod verbis deesse videri poterat, id supplerunt ex sententia, produxeruntque edictum de arbitraria etiam ad constituta. Unde dictum *exemplo arbitrariæ actionis,* hic agi. † Ex aliis quoque caussis arbitraria actio 3
competere cum hic dicitur, duo dicuntur: nempe de eo quod in his certo loco dari debet, etiam alio loco agi posse: et cum alio loco agetur, in æstimationem venire, quod actoris et rei intersit, suo loco potius, quam in eo, in quo petitur, solvi. Hæc enim potestas est in specie proposita arbitrariæ actionis. *L. 1. supr. L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc.*

Ad L. *In bonæ*. 8.

Paulus *lib.* 28. *ad Edictum.*

In bonæ fidei judiciis: etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria. (actio) Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.

S U M M A R I U M.

1. *Arbitraria actio locum non habet in bonæ fidei contractibus, etiam de eo quod certo loco ex his contractibus dari debuit, et cur, quamque vim habeat.*

1 In emptione et venditione contrahenda si convenerit, ut vel emptor prætium solveret Ephesi vel venditor mercem Ephesi traderet: si in deposito res deposita sit ea lege, ut redderetur Ephesi; et generaliter si in bonæ fidei contractu in negotiu gerendo cunvenerit, ut quid certo loco præstaretur: hic traditur, de eu agi posse actiune bunæ fidei ejus contractus propria. non etiam arbitraria. Id non sic debet accipi: quasi de eo, quud ex honæ fidei contractu certo loco dari debet, non possit agi alio loco, et ita agi, ut æstimetur, quanti actoris et rei intersit suo loco potius sulvi. Nam si hæc ex cæteris caussis quamvis stricti juris fieri possunt, et debent ideo, quia æquum est, ut declaratur in *L.* 1. *et L. quod si*, §. *ult. supr.* multu magis in bunæ fidei judiciis recipienda sunt, in quibus præcipue, quæ ex æquo et bono fieri oportet, æstimantur. §. *in bonæ*, *Inst. de act.* Et vero in proposito recepta esse idem auctor Ulpianus indicat in *L.* 5. *in pr. infr. commod.* Sed hoc significatur, cum ex contractibus alio loco agetur, et æstimari volemus id quod interest, creditorem quidem utrumque consequi posse, sed bonæ fidei actione propria ejus contractus, de quo agitur, non autem arbitraria: quia ubi bonæ fidei judicium sit, frustra arbitraria desideretur ad ea consequenda quæ fieri et præstari æquum est. Sed si hoc ita est, ad rem ipsam et effectum inter arbitrariam et bonæ fidei actionem in proposito nihil intererit. Quid ergo interest tantum, ut necesse sit in eo laborare, utra detur? Nomen actionis et formula olim interfuit. Constabant enim judicia quæque suis formulis. *L.* 2. §. *his legibus, vers. deinde ex his, supr. de ori. jur.* sicque in hac re superiora distinguebantur. Nam bonæ fidei judicium ex emptione ita reddebat prætor. *Si paret, Lucium Titium Sempronio fundum Tusculanum tot aureis vendidisse: Aquilius ex bona fide alterum alteri condemnato.* Eaque adjectio: *ex bona fide*, satis erat utrique ad facultatem alio loco petendi, quod ut certo loco præstaretur, convenerat. Satis idem judici, ut quod utriusque interesset suo loco solvi, id æstimaret. De quo genere multa diligenter conquisita, et erudite scripta sunt a Duareno in *Commentario. De in litem jurando, ad L.* 5. in illis verbis ET IN BONÆ FIDEI JUDICIIS. At ex aliis caussis, ex quibus quid certo loco dandum fuit, sic fere redderet prætor arbitrariam actionem. *Si paret, Lucium Titium Mævio centum Ephesi promisisse: Aquili, in tantam pecuniam condemnato: nisi quia suo loco non solvitur, arbitrabere, reum pluris minorisve condemnandum.* His verbis committebatur æstimatio rei arbitrio judicis: unde arbitrariæ nomen. *L.* 3. *sup. L. centum, seq.* Superiorem definitionem de bonæ fidei judiciis sic accipi vult Ulpianus: nisi quis ex bonæ fidei contractu non convenerit tantum, ut certo loco quid traderet, sed etiam *traditurum se sit stipulatus.* Tum enim arbitraria actione utendum esse. Merito: nempe ut ex stipulatione, ex qua hanc actionem alio loco agenti proditam esse proximis capitibus diximus. Ubi, *stipulatus*, cum dictum sit de reo, non nisi passive accipi potest, pro, *interrogatus:* ut sit, si traditurum se quis interrogatus promiserit. Recte, et ex usu Latini sermonis: quia stipulari verbum commune est, ut Priscianus docet *Lib.* 5. quod et ab aliis nostra ætate compluribus aliis in locis juris recte est observatum.

Ad L. *Centum Capuæ.* 9.

Africanus *libro tertio Quæstionum.*

Centum Capuæ dari stipulatus, fidejussorem accepisti. Ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit: idest, ut si alibi quam Capuæ petatur, arbitraria agi debeat: lisque tanti æstimetur, quanti ejus vel actoris interfuit eam summam Capuæ potius, quam alibi solvi. Nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur obligationem fidejussoris augeri. Neque enim hæc caussa recte comparabitur obligationi usurarum. Ibi enim duæ stipulationes sunt; hic autem una pecuniæ creditæ (est) circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio judicis comittitur. Ejusque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto, quod si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, et reliquum petatur: officium judicis tale esse debeat, ut æstimet quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam, quæ petetur, Capuæ solutam esse.

SUMMARIA.

1. *Difficultas responsi.*
2. *Facti species.*
3. *Quæsita tria, de quibus responsum Africani, et inibi singulæ ejus partes ordine simpliciter et perspicue explicantur.*
4. *Cum fidejussore et alio loco agi potest, et non nisi arbitraria.*
5. *Fidejussor loco constituto aut alibi prius conveniri non potest, quam promissor in locum constitutum pervenire potuerit.*
6. *Sed nec prius quam et ipse eodem pervenire potuerit: et* L. si testamento. §. ult. D. de fid. *exposita.*
7. *Utilitatem actoris alibi agentis etiam adversus fidejussorem æstimari, si fidejussor moram fecerit, quamvis solus, non item reus; sed non aliter: nec pugnare hoc cum natura fidejussoriæ obligationis.*
8. *Fidejussori in omnibus et dandi et faciendi obligationibus mora sua solius nocet.*
9. *Fidejussorem in majorem quantitatem teneri posse, quam in quam se obligavit, ex mora sua: in his caussis in quibus moræ damna præstantur, ut bonæ fidei judiciis, aut arbitrariis.*
10. *Fidejussorem ab initio in duriorem caussam obligari non posse; eventu, posse facto et mora sua in duriorem caussam teneri.*
11. *Moram rei fidejussori nocere ad perpetuandam obligationem, non ad augendam.*
12. L. quæro, D. loc. *quam non temere videatur adversari huic loco.*
13. *Fidejussorem ex mora rei non teneri ne in accessionem quidem, in quam ab initio se non obligavit, et num.* 22.
14. *Augeri fidejussoris obligationem mora rei, si ob moram rei cogatur præstare, quod actoris interest suo loci solvi, quod sine mora rei non præstaret.*
15. *Augere obligationem fidejussoris quæ præstationes intelligantur, et hoc apud Africanum quid sit.*
16. *Officio judicis quæ præstantur, et deberi et in obligatione esse generaliter dici posse, et solere.*
17. *Officio judicis quæ præstantur, ideo non esse in obligatione, quia non sunt principaliter: deberi tamen et jure postulari posse.*
18. *Arbitrio judicis quæ permittuntur, pleraque et necessitati juris subjici, non omnia: et hæc quæ sint.*
19. *Usurarum et ejus quod actoris interest propter locum, accessiones esse ejus-*

dem generis, ut una non magis debeatur a fidejussore, quam altera ex mora rei.

20. *In* L. quæro, D. loc. *fidejussor se obligat in accessiones ex mora rei officio judicis præstandas, quæ aliter ab eo non debentur: in hac* L. centum, *se non obligat.*

21. L. quæro, D. locat. *exposita.*

22. *In caussam omnem se obligare, quid.*

23. *Usuræ ex mora rei præstandæ incipiunt esse in obligatione fidejussoris, si se in eas obligavit, sive nominatim, sive generaliter.*

24. *Non augetur obligatio fidejussoris ex mora aut facto rei, cum ob moram ejus præstat usuras, si in eas quoque ab initio se obligavit.*

25. In omnem caussam conductionis, seu stipulationis, *quid sit.*

26. *Fidejussor in specie* L. centum, *non obligavit se in id quod interest ex mora rei; et unde id intelligatur.*

27. L. quæro, locat. *et* L. centum, hic *dissimilitudo summatim exposita.*

28. *In id quod actoris propter locum interest si fidejussor ex mora rei nominatim se obliget, fore, ut id debeat, et in id obligetur ex stipulatione.*

1 NON abs re hoc responsum omnibus ætatibus obscurum est habitum: est enim re vera, ut et alia nonnulla Africani. Difficultas eum ex verbis, tum ex rebus. Ex verbis: quia est in his summa et præcisa quædam brevitas, quæ facit, ut sententia nisi a peritissimis earundem rerum intelligi non possit. Ex rebus: quia sententiæ, quæ hoc responso statuuntur, ab aliis lucis, ut videntur, contrariis laborant. Sententiam responsi prius simplicem proponemus. Deinde quam recte ex ratione reliqui juris singula dicantur, expendemus. Sententia igitur hæc est:
2 † facti speciem initio sic proponit. Creditor centum Capuæ sibi dari a debitore stipulatus est. Stipulatus fidejussorem accepit. Hoc ille simpliciter de fidejussione. Quod aliter accipere non possumus, quam ut fidejussio ad præcedentem stipulationem referatur, intelligamusque creditorem fidejussorem accepisse ejus stipulationis et obligationis nomine, quæ præcessit. Quia ergo dixit, creditorem nihil amplius stipulatum, quam centum sibi Capuæ dari: fidejussorem sic datum accipiemus, ut vel eadem centum Capuæ dari, fide sua esse juberet, vel promitteret indefinite quod reum dare facere oportet Capuæ, seu
3 quod reus deberet. † Hic de fidejussore tria quæsita sunt: Primum, an ex hac caussa alio loco conveniri possit, quam Capuæ. Secundum, si potest: an ita conveniendus sit, ut sit arbitraria actio, qua æstimetur, quod ejus interest, Capuæ potius solvere, quam alibi. Tertium, an in hac actione actoris quoque ratio haberi debeat, ut sic fidejussor damnetur et in sortem, in quam se aperte obligavit, et præterea in id, quod actoris interesse constiterit, pecuniam Capuæ solvi: de quo in obligatione fidejussoria nihil aperte verbis comprehensum est. Africanus respondens principio id ponit, quod omnia complectitur: deinde, ut obscurius, explicat ils, ut de singulis aperte respondeat. *Ea pecunia,* inquit, *a fidejussore similiter, ut ab ipso promissore peti debebit.* Hoc, ut dixi, continet omnia, de quibus supra quæsitum est. Quomodo enim peteretur ab ipso promissore? Nempe hoc modo, ut liceret stipulatori ab eo petere etiam alibi quam Capuæ. Sic tamen alibi, ut ibi arbitraria agi deberet. §. *loco, Inst. de act.* Ea autem in loci constituti utilitate æstimanda utriusque utilitatem contineret tam actoris, quam rei. *L.* 2. *in pr. et* §. *ult. supr.* Verum actoris ita, si reus cum quo agitur, moram fecisset, non si alius. *d. L.* 2. §. *ult. supr.* Hæc ergo eadem in fidejussoris persona servanda esse superior definitio indicat. Quod et ipsum intelligi vult Africanus. Sed ut in definitione generaliore, an hoc sentiret, dubitari potuit, et præterea explicatione indigebat; ideò interpretatur: et in singulis, de quibus quæri dixi, congruere similitudinem ostendit. Ait ergo: *idest, pecunia ita peti debebit, ut si alibi quam Capuæ petatur,* (quo satis declarat etiam alibi a fidejussore peti posse) *arbitraria agi debeat; lisque tanti æstimetur, quanti ejus, vel actoris interfuerit eam summam Capuæ potius, quam alibi solvi.* Ita de singulis tribus propositis explicate respondet, nimirum et fidejussorem in proposito alibi de pecunia debita conveniri posse: et si alibi conveniatur, esse arbitrariam: quæ utilitatem contineat, fidejussoris quidem certo, et ejus eum quo agitur, cujus in hac actione propria caussa est: *d.* §. *loco, Inst. de act.* sed non minus et actoris: quia arbitraria utriusque utilitatem, ut dixi, continet, tam actoris quam rei. Et quod ait Africanus æstimari, quod interfuit fidejussoris, vel actoris disiunctim: eo dicit, ut significet, utercunque erit, cujus intersit, hujus rationem haberi: et ideo modo hujus, modo illius, prout scilicet hujus, aut illius

solum intererit. Cæterum si intersit utriusque, etiam conjunctim utrinsque ratio habebitur. *d. L. 2. in pr. supr.* Sed quod dixit de utilitate actoris adversus fidejussorem æstimanda, nondum in eo similitudo promissoris proposita, absoluta erat: neque enim hanc utilitatem præstaret promissor ipse, si per eum mora non fuisset, quominus Capuæ solveret. Ergone adversus fidejussorem eam utilitatem indistincte æstimandam dicemus, etiam si ipse moram non fecerit? Non conveniebat superiori definitioni, neque par erat. Et ideo ut intelligeremus in fidejussore per omnia convenire exemplum promissoris, quod proposuit: idipsum quod de utilitate actoris æstimanda generaliter dixerat, interpretatur statim, et temperat hac conditione: si modo et per fidejussorem mora fuerit, quominus pecunia Capuæ solveretur. Quod si non fuerit: negat adversus eum omni modo æstimandam. Atque hoc illud temperamentum est, quod subjicit in his verbis, NEC OPORTEBIT. Ait igitur, *nec oportebit:* quasi diceret; nec tamen oportebit, *quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri.* Quod forte per reum steterit: idest, quod forte reus principalis solus in summa Capuæ solvenda moram fecerit, non autem fidejussor. Nam si et fidejussor moram fecisset, ex ipsius mora augeretur ejus obligatio, non ex mora alterius. Moram autem per reum factam dicit, quod tota centum soluta non sint: quia ad rectam oblationem et evitandam pœnam seu moram, nihil prodest particulatim offerre. *L. obsignatione. C. de solut. L. tutor, §. Lucius. infr. de usur.* Ergo hoc dicit: nec oportebit, quod forte reus principalis moram fecerit, quominus Capuæ solveret, ideo fidejussoris obligationem augeri. Sensus est: quod dixi litem æstimandam adversus fidejussorem, quanti actoris interfuit, plane sic erit accipiendum: si et ipse moram fecerit. Quod si non fecit: nec si reus ipse in mora fuerit, ideo augebitur obligatio fidejussoris, idest, ideo actoris utilitas adversus fidejussorem æstimabitur. Non enim potest hoc casu ea utilitas æstimari ultra sortem, quia hactenus ex mora rei augeatur fidejussoris obligatio: hic enim ex fidejussione in sortem tantum fuit obligatus. Porro ex mora rei augeri fidejussoris obligationem non oportet. Posuit antecedens, ut ex eo consequens intelligeretur. Nam si fidejussoris obligatio ex mora rei augeri non debet: sequitur, ut utilitas actoris ex mora rei præstanda non sit a fidejussore: propterea quod isto modo hujus obligatio ex illius mora augeretur. Nam quod quidam adversus aliorum sententiam Petrum secuti, disserere hoc loco cœperunt, eum fidejussor præstat, quod actoris interest, ejus obligationem non augeri, cum tamen fateantur, fidejussorem in eam accessionem obligatum non fuisse, verum non est. Quidquid fidejussor per caussam fidejussionis supra obligationem præstare cogitur, in eo ejus obligationem augeri recte dixeris. Non augetur obligatio nova obligatione, fateor: cum illud quod interest, non ex obligatione sit, sed ex officio judicis; at augetur nova præstatione. Quocunque modo augeatur, ad hunc locum nihil refert: cum hoc solum quæramus, an augeatur.

Sed hanc esse Africani sententiam hoc loco, paulo post cum ad solutionem locorum dissidentium ventum erit, plenius et certius intelligetur. Nunc hanc esse teneamus, fidejussorem in proposito alibi, quam Capuæ conventum arbitraria actione, non oportere damnari præter sortem in id, quod actoris intersit, Capuæ potius quam alibi solvi, ob id tantum, quod forte per reum steterit, quominus centum Capuæ solveret: quia hoc modo futurum sit, ut ex mora rei augeatur obligatio fidejussoris, quod admitti non oportet. Hoc loco occurrebatur Africano, quam objectionem tacitam diluit in illis verbis, NEC ENIM. Objectio est hujusmodi. Cum reus tenetur in sortem, et usuras hac conditione promissas, si sortem non solvisset: si ejus stipulationis nomine fidejussor datus sit: constat, sorte non soluta et mora a reo facta, fidejussorem etiam in usuras sortis ex mora rei teneri; quamvis constet usuras sortis accessionem esse. *L. eos. in pr. C. de usur.* Ut in specie *L. lecta. supr. si cer. pet.* reus promiserat se sortem Calendis soluturum, et nisi solvisset, usuras. Si in eam obligationem fidejussor accessisset: nemo dubitat, quin sorte a reo sua die non soluta, idest, mora a reo facta, ut reus, sic et fidejussor in usuras quoque teneretur. *L. fidejussor. C. de fid.* At qui promisit centum Capuæ, de quo promissore hic agitur, is duas itidem ad res tenetur, in sortem, et præterea in id quod actoris interest, eam summam Capuæ solvi, si alibi quam Capuæ agatur. Quare si fidejussor ejus obligationis nomine acceptus sit, ut hic acceptum proponimus; mora a reo facta: etiam in illud ipsum quod actoris ex mora rei interest, fidejussor tenebitur. Occupat Africanus, et confirmat recte se prius statuisse, cum dixit non oportere fidejussoris obligationem præstatione ejus quod actoris interest, ex mora rei augeri: nec nos exemplo usurarum in

contrariam sententiam moveri debere. *Neque enim*, inquit, *hæc caussa recte comparabitur obligationi usurarum*. Caussam vocat usitato Latinorum ac præsertim nostrorum more, negotii et facti speciem, quæ implicitam in se habet de re aliqua quæstionem: ut in *L.* 3. *infr. de jur. et fac. ignor.* ut in illo Alfeni, *in caussa jus esse positum:* L. si ex plagis, §. *in clivo, sup. ad leg. Aq.* quo significetur, ut est facti species, quæ proponetur, ita jus esse, quod de eo respondeamus: quia hoc pro circumstantiis rerum, personarum, et similibus varietur, ut eleganter declaratur in exemplo apud Alfenum proposito. Ergo hæc caussa, idest, hæc negotiis et facti species, in qua centum Capuæ dari promissa sunt, et dum alio loco hæc summa petitur, de accessione ejus quod actoris propter locum interest, amplius quæritur, non recte comparabitur obligationi usurarum. Quasi de superiore argumentatione responderet ad hunc modum: admittere se quæ sumpta sunt: negare collectionem: idest, admittere se, quemadmodum promissor tenetur in sortem, et usuras ex mora sua: ita teneri eum et in sortem, quam se Capuæ daturum promisit, et amplius ex mora sua in id quod actoris interest, pecuniam Capuæ solvi; sed non ideo consequens esse, fidejussorem qui se in utramque obligationem obstrinxit, pariter in id quod propter locum actoris interest, et in usuras a reo promissas ex mora rei obligari. Quoniam hoc *teneri* ambiguum sit, et reus aliter atque aliter in has accessiones ex mora sua teneatur. Unde evenire necesse sit, ut et fidejussor de usuris ex mora rei recte obligetur, de altera autem specie accessionis nec obligetur, nec ullo modo ex mora rei teneri debeat. Id explicat: *ibi enim*, inquit, *duæ stipulationes sunt: hic autem una pecuniæ creditæ.* Ibi, idest, in obligatione usurarum promissarum duæ sunt stipulationes, nempe una sortis, quam obligationem principalem præcedere oportet, quo usurarum accessio consistat; *d. L. eos, in pr. C. de usur. L. cum principalis, infr. de reg. jur.* altera usurarum, sine qua in strictis judiciis usuræ non deberentur, *L.* 3. *C. de usur.* Hic autem, tempe cum centum Capuæ promissa sunt, et alibi agente stipulatore præter sortem id quod interest actoris propter locum petitur: hic inquam, una est stipulatio tantum, et ea pecuniæ creditæ, quam creditor Capuæ sibi dari stipulatus est, ut initio capitis proposuit; ejus quod amplius actori interest, nulla nec stipulatio, nec obligatio: quod confirmatur aperte, in L. *ult. infr. eod.* Addit; *circa cujus exsecutionem, æstimationis ratio arbitrio judicis committitur.* Dictum et hoc tacitæ objectionis occupandæ caussa. Diceret enim aliquis, quomodo istius quod actoris interest, nulla est obligatio; cum constet ejus rationem haberi in actione arbitraria, et reum in id quoque, ac non in sortem tantum condemnari? *L.* 2. *in pr. et* §. *ult. supr. eod.* hæc vero contraria videri. Significat ergo hac adjectione, recte dici in proposito unam obligationem esse pecuniæ creditæ: non obstare, quod ultra summam promissam accedat etiam præstatio ejus, quod actoris propter locum interest, in quam et reus damnetur. Id enim fieri, non quia istud quod hic actoris interest, debeatur a reo, sitque in obligatione: sed quia officio judicis præstetur, ut et alia pleraque; quæ cum negentur in obligatione esse, tamen ex officio judicis venire et præstari dicantur, veluti usuræ in bonæ fidei judiciis. *L. qui per collusionem*, §. *ult. infr. de act. em. L. quæro, infr. loc.* Officium autem judicis in hac caussa ex eo; *quod*, inquit Africanus, *æstimationis ratio arbitrio judicis committitur*: nimirum judice ad arbitrariam actionem dato, cujus hæc significatio est, ut res in arbitrium judicis referatur. *L.* 3. *supr. eod.* Committitur autem, inquit, hujus æstimationis ratio circa exsecutionem stipulationis pecuniæ creditæ idest, circa actionem arbitrariam, qua de hac pecunia promissa ex stipulatione alibi agitur. Sic juris auctores non raro exsecutionem stipulationis et obligationis vocant actionem: ut in *L. si minor, L. in exsecutione, in pr. infr. de verb. obl.* et recte; Nam omnis stipulationis et obligationis exsecutio est in actione et persecutione juris nostri; qua fit scilicet, ut obligatio tandem judicio, et rebus judicatis ad finem et exitum suum, idest, ad præstationem, constitutam perducatur. In summa hoc respondet Africanus, dissimiles esse præstationes harum accessionum; quod usuræ promissæ debeantur a promissore: id autem quod actoris interest propter locum non debeatur, nec sit in obligatione, sed tantum officio judicis accedat. Sed quid hoc ad istarum rerum præstationes in persona fidejussoris distinguendas, efficiendumque, ne fidejussor in hoc ipsum quod actoris interest, ex mora rei condemnetur? Quid enim prohibet, quominus dicamus fidejussorem non quidem ex obligatione, attamen officio judicis in eam accessionem ex mora rei condemnari? quod si obtinemus, satis est. Hoc enim tantum quærebatur, an hoc ipsius ex mora rei æ timandum esset adver-

sur fidejussorem, idque actione arbitraria; ac proinde arbitrio judicis, non autem ex obligatione. Et non esse æstimandum diximus, ne officio quidem judicis; ne fidejussoris obligatio ex mora rei augeatur. Quod et verum est; et vero ex iis, quæ de obligatione promissoris in his rebus esse dixit, optime efficitur. Nunquam enim fidejussor extra moram suam in aliud obligatur, quam in id, in quod se obligavit. *L. cum te, C. ne ux. pro marit. L. 1. C. ne fil. pro patr. L. fidejussores.* 68. §. 1. *infr. de fidejuss.* Ad quid autem se obligarit, cum obligationem promissoris suscepit, seu cum se ejus obligationis nomine obstrinxit, perspicuum est ex obligatione promissoris pendere. Tantum enim suscepit fidejussor, quantum ille ex ea caussa debuit; et quod ille non debuit ne fidejussor quidem in id se obstringit. Quapropter si debuit, promissor sortem et usuras ex mora, ut debuit, cum sortis et usurarum duæ sunt stipulationes; debebit eadem conditione et fidejussor, qui fide sua esse jussit totam caussam stipulationis, seu quod reus debebat; nec periculum erit, ne cum hic præstabit usuras ex mora rei, videatur ejus obligatio augeri, cum hæc ejus obligatio ab initio fuerit. Contra vero si reus sortem solam debuit, non id quod actoris interest, quamvis post moram suam; ne id quidem debere potest fidejussor ex mora rei; quia non aliud fide sua esse jussit, quam quod reus vel promiserat, vel debebat. Qui fit igitur, ut fidejussor teneatur in id quod interest actoris, ubi ipse moram fecit, ut initio respondet Africanus: cum non magis in eam quantitatem nominatim se obligarit, quam cum moram non fecit? Moræ ejus hæc pœna est; quam æquum est præstari, ne mora ejus creditori noceat contra rationem juris. *L. in condemnationem*, §. *unicuique, infr. de reg.* de quo pluribus postea. Sed non explicabitur res hoc responso, nisi etiam constaret verum esse, quod dicit; cum centum Capuæ promissa sunt, in stipulatione et obligatione solum esse centum promissa, non item quod actoris interest, tantumque id officio judicis accedere. At etiam nunc de eo dubitari poterat. Ideo et id confirmat ad extremum illic: ejusque differentiæ Argumentum hoc est. Nam si reus moram fecerit, quominus centum Capuæ solveret, etsi jam tum incipit non in sortem tantum teneri, sed etiam in id quod actoris interest, Capuæ solvi: tamen si postea partem sortis solvat, ejus quod actoris interest petitio pro ea parte exstinguitur. Hoc vero recte dicit evidentissimum argumentum esse, istud quod interest, prius in stipulatione et obligatione non fuisse. Nam si fuisset, quamvis sorte tota soluta, nihilominus ejus petitio superesset: sicut accidit in sorte et usuris promissis, aut pœna, ubi sorte soluta nihilominus usurarum et pœnæ integra petitio est. *L. 1. C. de jud. L. Lucius, infr. de act. em.*

Sententia Africani exposita est. Quod sequitur, qualia sint, quæ hic statui supra diximus, et quid in his cum reliquis locis juris conveniat, videamus. † Et in his certa 4
hæc duo: primum quod vult ex stipulatione, centum Capuæ dari, etiam cum fidejussore alibi agi posse, similiter ut cum promissore. Deinde, quod si alibi cum eo agetur, ait non nisi arbitraria agi debere, in qua æstimetur id quod ipsius fidejussoris interest eam summam Capuæ potius, quam alibi solvi. Utrumque certum ex edicto. Nam de omni eo quod quis certo loco se daturum promisit, comparata est edicto actio, qua id etiam alibi peti possit: *L. 1. supr. hic*, §. *loco, inst. de act.* neque ex stipulatione, *centum, Capuæ dari*, aliud promittere intelligitur fidejussor, qui in candem rem se obligavit. Hoc autem semel admisso, ut alibi agi possit, constat non aliam hic actionem esse, quam arbitrariam, et maxime ejus cum quo agitur, sublevandi caussa, ne unquam loci constituti utilitas prius quæsita reo auferatur. *L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc. dar., promiss. d.* §. *loco, Instit. de act. L.* 2. §. 1. *supr. eod.* Reliqua sunt quatuor, quorum alia aliis vel obscuriora vel incertiora sunt: omnia tamen ejusmodi, in quibus nonnihil dubitationis hæreat: quæ discutienda est. Sunt autem hæc: Primum, quod ait, cum fidejussore alibi agi posse, nec exprimit, quando. Secundum, quod dicit, cum alibi cum fidejussore agetur, teneri hunc quoque ex mora sua officio judicis ultra sortem in id, quod actoris interest suo loco potius solvi. Tertium, quod negat, in hoc ipsum quod actoris interest, teneri eum ex mora promissoris. Postremum, quod ad hujus sententiæ confirmationem vult videri utilitatem loci a promissore præstandam ita in obligatione non esse, ut sorte soluta, simul et ejus utilitatis petitio tollatur. Sed hoc cum ex professo tradatur in *L. ult. infr. eod.* illic explicandi locus est. Quare et hoc in eum locum rejecto, reliqua erunt illa tria, quæ hic separatim expendamus. Ait ergo, etiam alibi a fidejussore pecuniam peti posse. † sta- 5
timne? aut si non statim, quando? Et addit, a fidejussore peti posse similiter, ut a promissore. Hæc verba etiam in tempore

agendi rem expediunt, si recte accipiuntur; sed prima fronte sunt ejusmodi, quæ potius in hac quæstione rem dubiam faciant, ac pugnent cum aliis locis. His enim verbis significari videtur, si quidem a promissore adhuc peti non potest, nec a fidejussore peti posse; at si a promissore potest, etiam posse a fidejussore: sic enim fieri, ut ab hoc petatur similiter ut ab illo. Prius verum est, etsi dubitatur interdum, an sit perpetuum. Posterius falsum est: ut vel hoc nomine utraque pars, una et hic locus in hac quæstione explicatione egeat. Et constat in hujusmodi obligationibus, *Capuæ dari*, inesse diem tacite, quo in locum constitutum pervenire promissor possit: quo transacto possit pecunia ab eo peti; nondum præterito, perperam cum eo agatur. *L.* 2. §. *qui ita stipulatur*, *supr. L. interdum*, *infr. de verb. obl.* Si quidem ergo a promissore nondum peti potest, quia non dum transit id tempus, quo pervenire Capuam potuit: absolutum est, nec cum fidejussore alibi agi posse, usque adeo: ut quamvis fidejussor jam ab initio fuerit Capuæ, aut jam Capuam pervenerit felici aliqua et insolita navigatione usus: nihilo tamen magis placeat eum conveniri posse vel Capuæ vel alibi, si promissor Capuam nondum pervenire potuit. *L. si testamento*, 49. §. *ult. infr. de fidejuss.* Nihil ad rem pertinet, quod in fidejussoris persona nullus dies est, quem hic exspectari oporteat. Satis est in promissoris obligatione diem inesse. Ante hunc nec fidejussor conveniri potest: quia non potest in duriorem caussam teneri, cum sit accessio principalis obligationis. *L. græce*, §. *illud*, *d. L. qui testamento*, *in fin. infr. de fid.* §. *fidejussores*, *Inst. de fidejussor.*

Hactenus ergo recte significatum hoc loco, a fidejussore pecuniam peti non posse, 6 ubi a promissore peti non potest. † At quid e converso, si jam pecunia peti potest a promissore, quia pervenire potuit Capuam: etiamne peti poterit a fidejussore, quamvis ipse nondum pervenire potuerit? finge reum promittendi Capuæ esse. ibique promisisse; fidejussorem autem datum Romæ promisisse se Capuæ daturum. Finge utrumque promisisse Romæ; sed cum debitori jam prope transiisset tempus, quo Capuam pervenire posset, dedisse fidejussorem, qui promitteret itidem se Capuæ daturum, et cui ad perveniendum Capuam tanto tempore opus esset, quanto opus fuit ab initio promissori. An quia cum promissore agi potest, etiam agi poterit cum fidejussore? Jam dixi verba hujus loci prima ratione id efficere videri. Nam pecuniam peti posse a fidejussore similiter ut a promissore, nihil aliud esse videtur, quam quæ pecunia a promissore peti potest, æque eam peti posse a fidejussore. Sed hoc probandum non esse dixerit Papinianus in *d. L. si testamento*, §. *ult. de fidejussor.* atque ita desinit, fidejussoriam obligationem in proposito conditionem taciti temporis ex utriusque persona recipere. tam rei promittendi, quam ipsius fidejussoris: ut scilicet sive reus pervenire non potuit Capuam, atque ita diem tacitum adhuc habeat, idem dies fidejussori prosit, ne cum eo agi possit, quamvis ipse jam eo pervenerit; sive contra potuerit reus Capuam pervenire, nondum autem fidejussor, hic habeat diem ex persona sua, quo fiat, ne cum eo agi possit, tametsi possit agi cum promissore. *Quoniam*, inquit Papinianus, *aliud respondentibus*, *contra juris formam in duriorem conditionem acceptus fidejussor intelligetur.* Recte: nam in eadem difficultate Capuam perveniendi promissor conveniri non posset. An non ergo saltem hactenus falsum est, quod Africanus ait. ut eum promissore alibi agi potest, similiter agi posse et cum fidejussore? Imo hac quoque parte verissimum. Hoc enim, similiter, non ad tempus agendi referri debet, sed ad conditionem. Denique hoc efficit, ut quæ pecunia a promissore peti potest, peti possit et a fidejussore, non eodem tempore, sed eadem conditione. Hæc autem eadem conditio futura est, si quæ dilatio promissori ex intervallo locorum tribueretur prius quam eo pervenire potuisset; hæc eadem fidejussori in iisdem intervallis et eadem itineris difficultate impedito tribuatur. Atque hac parte tantum abest, ut dissentiat Papinianus ab Africano, ut ille ad confirmationem sententiæ suæ, non alio argumento utatur, quam similitudine a promissore petita. Cur enim ratio proprii temporis haberi debeat ex persona fidejussoris, hanc rationem reddit, quod similiter nec reus ipse in eadem difficultate teneretur: unde eventurum sit, ut si fidejussor teneatur dissimiliter, hujus durior conditio constituatur: quod jus non concedit. Ergo hæc summa est: cum quæritur quando ex hujusmodi stipulationibus, *Capuæ dari*, agi possit cum fidejussore vel Capuæ, vel alibi, vere dici, *similiter*, cum fidejussore agendum, ut cum promissore ageretur. Sed hoc, *similiter*, in tempore agendi hanc significationem habere, ut duobus temporibus ex mora taciti temporis cum fidejussore agi non possit: uno, si nondum agi potest cum promissore,

quia nondum Capuam pervenire potuit. Altero, si nunc quidem possit eum promissore agi, sed si in eadem caussa esset, in qua nunc est fidejussor, qui Capuam pervenire non potuit, agi non posset: id est, si eadem difficultas Capuam perveniendi ei obstaret, quæ nunc obstat fidejussori.

7 † Ait, si cum fidejussore alibi agetur quam Capuæ, æstimandum esse arbitraria actione, quod actoris interfuerit pecuniam Capuæ potius solvi. Quod sic intelligi volumus: si fidejussor ipse in pecunia Capuæ solvenda moram fecerit. Alioqui contra. Nam nec adversus promissorem aliter id æstimaretur, quam si ipse moram fecisset. *L.* 2. §. *ult. supr.* ut et pluribus ostendi initio ejus *L.* proinde nec æstimabitur adversus fidejussorem alia conditione; ut fiat, quod ante dixit a fidejussore nimirum pecunia petatur similiter ut a promissore: quod nisi fit, in duriorem caussam fidejussor acceptus videbitur contra juris formam *d. L. si testamento, in fin. infr. de fidejussor.* Sed ut si moram fidejussor non fecit: veluti quia Capuam venit, nec pecunia ab eo petita est, non habetur adversus eum ratio ejus quod actoris interest: ita cum moram fecit, si cum eo alibi agetur semper manebit, quod Africanus ait, etiam actoris rationem haberi. Nihil enim hinc excipit, præterquam si ex mora solius rei a fidejussore petatur id quod actoris interest. Unde intelligitur semper alias adversus fidejussorem id æstimandum. Ergo et sive fidejussor una cum reo, sive solus moram fecerit: si tamen et cum fidejussore alibi agi potest ita, ut ipse solus ante moram fecerit, non etiam promissor: quo nihil verius. Finge promissorem intra tempus venisse Capuam, ibi non offendisse creditorem, atque ita non interpellatum discessisse. Post, eodem venisse fidejussorem, ibique cum a creditore, qui et eodem venisset, interpellatum non solvisse. Sine dubio reus non interpellatus hic moram non fecerit; et fidejussor recte interpellatus fecerit. *L. mora, infr. de usur.* Non enim verum est, quod vulgo putant, et Bartolus hic scripsit, cum fidejussore agi non posse nisi ambo ipse et promissor in pecunia Capuæ solvenda moram fecerint. Recte quidem dicitur non posse prius agi cum fidejussore, quam præterierit id tempus, intra quod ambo Capuam pervenire potuerunt. *L. si testamento,* §. *ult. infr. de fidejussor.* sed errant in eo, quod putant, cum id tempus in utriusque persona præterierit, moram ab his fieri Quod enim dicitur, cum dies stipulationi adjicitur, ipso diei lapsu sine alia admonitione moram contrahi, *L. magnam, C. de contrah. stip.* in eo die locum habet, qui solvendæ et præstandæ rei promissæ dictus est. Diversa caussa est ejus temporis, quod tacite inest ex loci adjectione. Hoc enim non solutioni constituitur, sed itineri faciendo. §. *loco, Inst. de verb. obl.* Redeo ergo ad definitionem superiorem, quæ et Africani est: sive promissor et fidejussor una moram Capuæ fecerint; sive fidejussor solus, quod accidere potest; hic si alio loco cum fidejussore agi cœperit, etiam actori æstimandum, quanti ejus interfuerit, Capuæ solvi.

Hic varie refragari videtur conditio fidejussoriæ obligationis. Tria enim hic dicimus, quæ totidem ut obligationi fidejussoriæ contraria aliis locis improbari videntur. Sed de singulis dicam ordine, quo facilius unumquodque per se explicetur. † Primum ergo 8
hic dicimus, fidejussorem teneri ex mora sua in id quod actoris interest; cum nisi muram fecisset, non teneretur, ne ex mora quidem rei principalis. At hic quidam subsistunt, putantque videndum, ne hoc quibusdam locis traditum sit, fidejussorem ex mora rei teneri posse; ex sua nequaquam: ut *L. cum filiusfamil.* §. 1. *infr. de verb. obl. et L. si libertus moram, infr. de oper. libert.* in quibus traditur fidejussorem ob factum et cessationem debitoris teneri; ob suam hunc non teneri. Sed ne dubitemus affirmare de mora, ut reus ipse ex mora sua tenetur: sic fidejussorem pariter ex sua teneri: et generaliter utrique pariter nocere moram suam in eo, quod uterque ex æquo præstare debuerit. Generaliter sic regula juris concepta est: unicuique sua mora nocet. *L. in condemnatione,* §. *unicuique, infr. de reg. jur.* Non nocet unicuique, si fidejussori non nocet. Proinde nocet et debitori et fidejussori. Et quidem cum in dando obligatio est, ei nocere moram suam inter omnes convenit. Nam si Sticho promisso fidejussor aut cum hominem occiderit, aut solus in eo præstando moram fecerit, ac deinde Stichus decesserit: reum liberari placet; fidejussorem in obligatione retineri, et solum ex stipulatione conveniri posse. *L. mora, infr. de verb. obl. d. L si libertus moram, de oper. libert.* Quo admisso, etsi solum concederetur: tamen satis esset ad hujus loci defensionem, in quo de obligatione dandi agitur. Sed non est, quod reformidemus idem admittere et in faciendi obligationibus. Si in his moram faciat fidejussor, æque regula juris superior efficit, ut ei mora sua nocere debeat. Neque enim si mora est, eo minus mora est, quia in faciendi obligatione admissa fuerit. Neque vero id negatur in suprascri-

ptis locis, sed statuitur potius. Non enim dicitur in exemplis illic propositis, moram fidejussoris ei non nocere, sed fidejussoris moram nullam esse: quod expressum est in *d. L. si libertus moram, de oper. libert.* Satis autem significatur in *d. L. cum filiusfam.* §. 1. *de verb. oblig.* cum proponitur a fidejussore cessatum in eo, quod nec debuit ipse præstare, nec ab eo peti potuit. Nulla enim mora intelligitur ibi fieri, ubi nulla petitio est: *L. nulla, infr. de reg. jur. L. si pupillus, infr. de ver. obl.* Non sunt ista contraria, si quis quod dicit de fidejussore, qui moram fecit, de eo qui moram non fecit, negat; aut contra. Quin recte utrumque et admodum convenienter: eum contraria facta contrarium jus exigant. Plus dico; etiam superioribus locis moræ pœna in fidejussore confirmatur. Qui enim negat fidejussori factum suum nocere, et ideo negat, quia nihil in eo fidejussor debuerit, eoque nec moram fecerit satis aperte hoc dicere intelligitur. si debuisset, et moram fecisset, contra dicendum fuisse. Et vero id etiam ita expressum est in *d. L. si libertus moram, in fin. de oper. libert.* Constet igitur hoc primum, recte hic dici, et fidejussori non minus suam moram nocere,
9 quam promissori ipsi. ✝ At secundum forsitan non recte. Dicimus enim secundo loco, fidejussorem etsi ex mora sua, attamen ultra sortem Capuæ promissam teneri in id, quod actoris interest; proinde in majorem quantitatem, quam in quam se obligavit. Nec vero dubium est quin hoc ipsum dicamus, aut potius quin dicat Africanus. In centum enim Capuæ promissa tantum fidejussor se obstrinxit, sive nominatim hæc eadem promisit, se Capuæ daturum, sive indefinite fide sua esse jussit, quod promissor debebat; centum enim sola is debuit. Id quod interest actoris propter locum, etiam si maxime ex persona rei præstaretur, tamen nec debitum ab eo fuit, nec fuit in obligatione. Ita fit omnino, ut si fidejussor dicitur, ultra centum Capuæ debita teneri, etiam in id quod actoris interest: aperte hoc dicatur, teneri eum in majorem summam, quam in quam se obligavit. At videamus, ne hoc falsum sit, nec patiatur jus fidejussoriæ obligationis, ut qui in certam quantitatem se obligavit, ultra eam teneatur: puta ut qui in sortem se obligavit, teneatur etiam in usuras. Et non teneri, diserte scriptum est in *L. fidejussores magistratuum,* 58. §. 1. *infr. de fidejussor.* Quod et verum est, si quid petatur a fidejussore ex persona et mora rei non fidejussoris, ut accidit in specie proposita in *d. L. fidejussores,* 68. usque adeo: ut nihil intersit, utrum id sit ex iis, quæ principaliter deducta sunt in obligationem, an ex iis, quæ per consequentiam accedunt ob moram promissoris. Unde si idipsum quod actoris interest, de quo nunc agitur, peteretur a fidejussore ob id, quod moram promissor fecisset, non recte peteretur: ac præstandum non esse, paulo post dicit Africanus, cum negat in hac caussa ex mora promissoris augeri fidejussoris obligationem. At si quid amplius petatur a fidejussore ex persona ipsius fidejussoris ob factum aut moram ejus: non est novum, ut ex eventu præstare debeat officio judicis eas accessiones, quas æquum sit venire, tametsi in eas se non obligarit, nec ab initio eas præstare cogeretur. Exempli gratia: si fidejussor corpus certum, puta animal promissum ex fidejussione debeat, ac cum eo de ea re judicio agatur: post judicium acceptum non tantum animal petitum præstare debebit, sed et omnis caussa veniet, idest, id omne, quod abiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutum animal fuisset; ut fructus, ancillæ partus, operarum mercedes, et similia. *L. cum fundus, in pr. supr. si cer. pet. L. 2. infr. de usur. L. præterea, supr. de rei vind.* Scilicet quia æquum sit hæc post litem contestatam moram passo præstari. *L. item si verberatum in fin. infr. de rei vind.* Proinde et in proposito, si mora a fidejussore facta alibi quam Capuæ cum eo agetur, recte id quod actoris interest, Capuæ solvi, accedere placet; quoniam hactenus ei moram suam nocere æquum est, et hanc æquitatem arbitrariæ actionis ratio postulat.

Restat tertium, de quo hic ambigebatur. Non enim tantum dicimus fidejussorem hic teneri ex mora sua in id quod interest, actoris, et teneri ultra, quam se obligavit; sed hoc amplius, et teneri solum; nempe etiam tunc, cum promissor moram non fecerit: quo casu utilitas actoris alio loco cum promissore agentis non æstimaretur. *L.* 2. §. *ult. supr. eod.* Ut priora duo ferre possit fidejussoria obligatio; at certe hoc tertium non videatur pati posse, ut teneatur fidejussor in id, in quod promissor non teneretur. Hæc enim sunt juris certi; fidejussorem in duriorem caussam accipi non posse: fidejussorem ita obligari non posse, ut plus debeat, quam reus promittendi: fidejussorem multo minus in aliud posse obligari. *L. græce,* §. *illud,* §. *idem, infr. de fidejussor.* §. *fidejussores, Inst. eod.* Sed et hoc ex eadem æquitate est, qua superius. Moram enim fecit fidejussor: hanc illi itidem ut promissori hac quoque in parte nocere æquum est. Neque id ei juri, quod dixi, adversatur. Sunt enim omnes

superiores sententiæ de eo fidejussore, qui initio accipitur, et qui verbis suis et sua sponsione
10 in hanc aut illam rem se obligat. † Ita est; fidejussor ita accipi non potest, ut in duriorem caussam se obliget, seu ut promissione et cautione sua plus præstare debeat, quam promissor. Semel autem in eandem rem et caussam obligatus, eventu ex mora et facto suo ita teneri potest, ut amplius cogatur præstare: vel ut retineatur in obligatione, a qua promissor liberatus sit: vel ut ipsius obligatio novæ præstationis accessione augeatur. Vis hæc est, ut dixi, moræ, quæ ut in promissore, sic et in fidejussore ob eandem æquitatem idem valeat, necesse est. Nam nec promissor ipse ab initio in majorem quantitatem jure obligatur, quam in quam spondendo se obligat. Si tamen moram facere cœperit: et perpetuatur adversus eum obligatio, et si certo loco quid debuerit, alibi conventus etiam in id quod interest actoris suo loco solvi, condemnatur. Idem et in fidejussore recipiendum est: propterea quod non proprie nascuntur hæc ex obligatione, quæ utique in fidejussore major esse non potest, quam in promissore: sed ex mora, quæ cum sit in fidejussore, non mirum, si et hic moræ suæ pœnam patitur. Neque enim aliter fieri æquitatis et juris ratio patitur, quam ut ei mora sua noceat. *d. L. in condemnatione, §. unicuique, infr. de reg. jur.* Hujus distinctionis certissimum argumentum est, quod si fidejussor Stichi moram in Sticho solvendo solus fecerit, deinde Stichus moriatur: eodem tempore evenit, ut liberetur reus interitu rei debitæ, qui sine mora et facto ejus contigit. *L. si ex legati. infr. de verb. ob.* et nihilominus fidejussor mora sua eundem hominem perpetuo debeat. *L. si libertus moram, infr. de op. lib. L. mora. infr. de ver. ob.* Atqui hic perspicuum est, fidejussorem jam non tantum plus debere, quam promissorem; sed ipsum debere solum, promissorem autem nihil. Et tamen cum id fit, non metuimus, ne videatur fidejussor in duriorem caussam obligatus: quoniam hoc postea evenit, nec natura obligationis contingit, sed moræ propria pœna est. Quapropter si hoc adversus fidejussorem in tam dispari conditione recipimus tantum propter ejus moram: etiam illum alterum effectum moræ, de quo agitur, multo magis adversus eum recipere debemus: quo scilicet fit, non ut fidejussor obligetur solus, sed ut propter moram aliquid amplius, quam reus officio judicis præstare debeat. Nec magis quam supra metuemus, ne sic videatur obligatus in duriorem conditionem: cum hæc præstatio vere moræ præstatio sit, non obligationis: si quidem id quod interest actoris in hac specie, nec debetur, nec est in obligatione, ut Paulus loquitur in *L. ult. infr.* Constitutum igitur et illud alterum, quod propositum erat, ut si cum fidejussore post ejus moram alibi quam Capuæ agetur, æstimari debeat etiam quod actoris interfuerit Capuæ solvi, sive ambo moram fecerint, ipse et promissor, sive fidejussor solus. Addit Africanus tertio loco, hoc se intelligere omnino, si fidejussor moram fecerit, quominus Capuæ solveret. Nam si non fecerit, dum forte venit Capuam, et aut ibi tum non reperit creditorem, aut ab eo non est interpellatus: etsi proponas per promissorem stetisse, quominus ipse solveret Capuæ, negat tamen ex mora promissoris augeri oportere fidejussoris obligationem: innuens, ut supra dixi, ne ex mora quidem promissoris fidejussorem in proposito teneri ultra sortem in id quod actoris interest, ubi ipse ex proprio delicto non conveniatur. Huic sententiæ duo objiciuntur. Primum generale illud, quo traditur, moram rei fidejussori nocere. *L. mora, infr. de verb. obl.* proprie autem et velut in specie ipsa quam tractamus, *L. quæro, infr. loc.* ubi placet, rei principalis moram fidejussori nocere, etiam ad earum accessionum præstationem, quæ non ex obligatione, sed ex mora officio judicis præstantur, quamvis nec nominatim
fidejussor in eas se obligaverit. † Sed prius 11
recte vulgo explicatur. De quo consentiens omnium sententia est, quod dicitur moram rei fidejussori nocere, sic accipiendum esse: ut ad perpetuandam fidejussori obligationem noceat, non ad augendam. Quod et ita se habet. Quibus enim locis traditur superior definitio, non simpliciter traditur, sed adjicitur explicatio ab auctoribus. Confertur enim tota eo, ut declaretur interitu rei promissæ, quæ post moram rei periit, non liberari fidejussorem, quamvis ipse in mora non fuerit, sed una cum promissore in obligatione retineri: cum si mora rei illi non noceret in hac re, ipsum ex regula communi quæ est de interitu rei debitæ, liberari oporteret. Vide *L. mora, infr. de verb. obl. L. mora, in fi. infr. de usur. L. cum filiusfa. in pr. de ver. obl.* Sed etsi superior definitio usquam traderetur simpliciter: tamen hanc illius significationem esse, quam dixi, licet intelligere ex regula generali veterum, quæ in universum de effectu culpæ, eoque et moræ, tradita est. Sic enim illi definierunt, culpam perpetuare obligationem; nihil amplius. *L. si servum, §.*

sequitur, *infr. de ver. ob.* Quod igitur dicitur, moram rei fidejussori nocere ad perpetuandam ei obligationem, an eo producemus, ut nocere debeat etiam ad fidejussoris obligationem augendam? Nihil vero hæc simile habent; quin potius contrariis inter se caussis continentur. Mora rei perpetuam facit fidejussori obligationem: quia in hanc ipsam rem fidejussor se obligavit, ut mora a reo facta, pariter cum eo teneretur: promisit enim, quod reus debet. At is mora facta, si res pereat, non minus debet quam ante, quasi res exstaret. *L. si ex legati, L. nemo.* §. 1. *infr. de verb. obl.* Proinde et fidejussor ex sua sponsione idem debebit. Cum hoc æquum est, tum verbis sponsionis ejus efficitur. Idque est, quod Paulus dicit in *L. si servum,* §. *nunc videamus, infr. de ver. ob.* ideo fidejussoribus ex mora rei perpetuari obligationem, quia in totam caussam spoponderunt: id est, in totam obligationem, seu in totum id, quod reus debuit. Contraria omnino de caussa mora rei augere fidejussoris obligationem non potest: quia quidquid auget ejus obligationem, ejusmodi est, ut in id se non obligarit. Obligationem enim fidejussoris intelligimus illam, qua ipse se initio fidejubendo pro debitore obstrinxit, seu totum id, in quod se pro debitore obligavit. Quamobrem si quid aliunde augebit hanc obligationem, id extra eam esse necesse est: proinde extra id, in quod se obligavit. Quod si extra est: perspicuum est esse ejusmodi, in quod se non obligarit. Ita fit, quod dixi, ut quæ mora rei fidejussori nocet ad perpetuandam ei obligationem, contraria de caussa nocere non debeat ad obligationem ejus augendam: tantum abest, ut ex uno aliud colligi oporteat. Porro ut obligatione fidejussoris et mora remota factum rei illi noceat, jus non concedit. Nemo enim alterius facto onerari debet: nullius factum nocere ei, qui ipse nihil fecit. *L. in caussæ, in pr. supr. de procurat. L. de pupillo,* §. *si plurium infr. de op. no. nunt.* Bene igitur Africanus non oportere ait, mora rei obligationem fidejussoris augeri: nec minus ei definitioni convenienter, qua quibusdam in locis traditur, moram rei fidejussori nocere: quoniam hæc sit auctorum sententia, quam et subjecta explicatione declarant: non ut ad quidvis noceat, quod esset absurdum; sed ut ad perpetuandam obligationem. Quod ad augendam fidejussoris obligationem transferri nulla ratio patitur. Atque hoc, ut dixi, ita vulgo recte acceperunt, etsi nihil amplius, quam ex hoc loco.

12 † Non ita vero de *L. quæro, infr. locat.* expedita responsio est. In qua conciliianda non minore conatu quam variantibus sententiis ab omnibus certatum est. Nec immerito omnino, ut in re obscura. Quod an recte dicamus, ex locorum collatione et re ipsa intelligetur. Proponitur illic fidejussor indefinite acceptus in omnem caussam conductionis. Placet eum ex mora rei teneri in usuras illatarum tardius pensionum; nempe ergo in accessionem ultra sortem. At quas usuras? quæ debeantur ex mora rei, quæ eædem non ex obligatione, sed officio judicis præstentur. Et hic hic non dissimiliter fidejussor simpliciter acceptus est in stipulationem, qua reus centum Capuæ dari promiserat. Placet tamen fidejussorem ex mora rei non teneri in id quod actoris interest, Capuæ solvi: ad quam accessionem nihilominus tenetur reus ex mora sua, et tenetur officio judicis non aliter, quam in usuras in bonæ fidei judiciis. Ita in summa in *L. quæro,* vult Paulus ex mora rei fidejussorem teneri in eam præstationem, quæ ex mora rei tantum officio judicis debeatur: Africanus hic negat. Ac ne forte dicamus aliud esse in usuris, aliud in eo quod actoris propter locum interest: Africanus generali definitione utitur, qua omnem accessionem excludit, ut dicat ex mora rei non oportere obligationem fidejussoris augeri. Quæ si recte ita interpretamur, ut non debeat fidejussor ultra sortem ex mora rei teneri, ne in id quidem quod interest; necesse est istas sententias videri contrarias, nisi dissimiles hic caussæ sint, et ratio differentiæ explicetur; in quo laboratur. Restat ergo, ut de ea dissimilitudine et nos consideremus, quæ alios tantopere occupavit. Quod et statim faceremus, nisi hic quorumdam sententia nos impediret. Volunt enim totum hunc non tantum inutilem, sed etiam stultum laborem esse, qui in quærenda differentiæ horum locorum ratione impenditur; quoniam utroque in loco statuatur idem tam de eo quod actoris interest, quam de usuris; in utranque rem videlicet pariter ex mora rei fidejussorem teneri. Neque eo minus verum esse ex mora rei fidejussoris obligationem non augeri; quia hæc tota præstatio non sit in obligatione, sed officio judicis veniat. Quæ sententia Petri fuit, ut hic Bartolus refert veterum de hac re opiniones. Repudiata illa quidem ab aliis omnibus; sed quam tamen quidam nostra ætate pro verissima amplectentur, nec dubitent ex ea rem expeditam dicere, omnemque aliorum contentionem indignam fuisse tanto labore. Quamobrem ne forte et nos hic eum vulgo in eodem errore versemur, aut

ne nobis idem obiiciatur; videamus prius, num isti sententiæ Petri stare debeamus, an potius cum aliis eam reiicere: sic denique statuere in dissimilitudine superiore quærenda non inutilem laborem esse, sed plane necessarium, si efficere volumus locos inter se pugnantes non esse. Sed et hoc ante omnia sententia hujus loci exigit. Nisi enim statuerimus, utrum Africanus sentiat id quod interest actoris, de quo loquitor, ex mora rei præstandum esse, an vero non esse; neque hic locus intelligetur, et frustra ad quærendum de aliis locis similes sint, an contrarii, progrediemur. Prius igitur hoc agamus.

Nos autem sic statuamus, verissimum esse utrumque illud, quod supra de interpretatione hujus loci posui: et fidejussorem in id quod interest actoris in proposito ex mora rei non teneri: et non aliam Africani sententiam esse cum in eo, quod actoris interest præstando, ait non oportere augeri obligationem fidejussoris.
13 ✝ Non teneri fidejussorem ex mora rei ultra sortem, ne in id quidem quod actoris interest Capuæ solvi, si hic locus non significaret: tamen ratione juris certa efficitur. Non potest fidejussor in eam efficitur. Non potest fidejussor in eam accessionem teneri, nisi aut ex delicto suo, idest, mora sua, aut quia ex mora alterius in eam se obligarit. Nam ut sine facta et culpa sua alieno facto oneretur neque naturalis neque civilis ratio permittit, ut paulo ante dixi. *L. solvendo, supr. de neg. gest. L. de pupillo, §. si plurium. infr. de op. no. nunt.* At de fidejussore agimus, qui moram non fecit: nam si fecisset, dicendum esset, hunc ex mora sua conveniri, non promissoris. Sed nec fidejussor in istam accessionem se fidejussione sua obligavit. Fidejussit enim simpliciter: nempe in id omne, quod reus debuit ex stipulatione. At istorum ipsorum confessione non debuit reus accessionem istam ejus quod actoris propter locum interest, idque etiam diserte traditur in *L. ult. infr. eod.* Sic fit, ut in eam accessionem ex mora rei fidejussor teneri non possit. Sed et hoc ipsum sensit Africanus, nec aliud definitio ejus exprimit. Animavertendum est enim diligenter, eum non dicere non augeri fidejussoris obligationem, ut isti falso verba ejus referunt; sed non oportere augeri: inter quæ tantum interest, quantum inter orationes contrarias. Qui enim dicit, præstatione ejus quod interest, fidejussoris obligationem non augeri: is præstationem ejus quod interest prius statuit, et hanc recte præcedere fatetur: sed de effectu ejus respondet, ut dicat non ideo ea præstatione augeri fidejussoris obligationem. At qui dicit, non oportere hac præstatione augeri obligationem fidejussoris: is contra præstationem hanc præcedere debere negat, et hac ratione utitur: quia hac præstatione fidejussoris obligatio augeatur; non oporteat autem hanc ulla præstatione augeri. Et rogo, ut ad rem ipsam veniatur, qualis tandem hæc ratio videri potest, si dicat Africanus adversus fidejussorem, eum quo alibi agitur, æstimandum esse etiam ex mora rei id quod actoris interest: quia hac præstatione non ideo augetur ejus obligatio, idest, quia hac præstatione non fit, ut hoc plus debeat, cum præstatio sit non ex obligatione, sed ex officio judicis? Hanc vero rationem nisi stulti et imperiti hominis esse non posse intelligerent isti, si quid ipsi vel mediocris attentionis aut judicii ad hanc rem adhibuissent. Quid enim, an ideo ex mora rei fidejussor hac præstatione onerandus est, quia hæc præstatio non fuit in obligatione ejus, nec promissoris? Imo ideo hac onerandus non est, quia præstatio est, quia onus est, ac damnum rei familiaris, quod totum illi ex facto et mora alterius imponitur. Regula autem juris est et naturæ, quæ efficit, non ut, ne unius facto alter obligetur; sed ne unius facto alter onerari, alterius conditio ullo modo deterior fieri debeat. *d. L. solvendo, supr. de neg. gest. d. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt. L. non debet alteri, infr. de reg. jur.* Negant tamen isti, cum fidejussor tenetur ex mora rei in id quod actoris interest, ejus obligationem augeri. Sed hoc nihilo rectius de verbo, quam prius illud de re statuerunt, fidejussorem in proposito ex mora rei teneri posse in id quod actoris interest. ✝ Quidquid ad obligationem 14
constitutam fidejussoris accedit, ut id qui obligatus est, ultra quam obligatus erat, præstare cogatur, recte dicitur ea re ejus obligatio augeri. Non augetur, ut supra dixi, nova obligatione; et augetur nova præstatione: quod satis est ad hunc locum. Non enim hic quæritur, utrum augeatur obligatione, sed simpliciter an augeatur. Et tamen cur negent id dici posse, rationem reddunt. Quam ergo? videamus. Quia, inquiunt, istud quod interest, quod hic a fidejussore præstatur non est in obligatione fidejussoria, sed præstatur officio judicis. Ridiculum: quasi non possit fidejussoria obligatio augeri, nisi ea re, quæ sit item obligatio fidejussoria, aut pars ejus obligationis: aut quasi oporteat rem quæ auget, eandem esse, aut ejusdem generis cum ea, quæ augeatur, ac quæcunque alia accesserit, ea re hæc non augeatur. Quod longe secus est. Si de commodis quæritur: dicitur quis recte augeri facultatibus, augeri honori-

bus. cui facultates aut honores novi accesserint; neque tamen facultates aut honores sunt homo, aut pars hominis. Si de incommodis et aliqua præstatione : dicitur apud Terentium in Heaut. *herus auctus esse damno* : de eo, cui ex filia nata nova præstationis occasio inciderat: ubi tamen damnum id
15 non fuit herus, aut pars heri. † Sic et hoc loco obligatio fidejussoris recte dicatur augeri damno et præstatione nova ex mora rei. cum ad obligationem hæc præstatio accepit, præsertim cum per occasionem obligationis fidejussoriæ accedat: tametsi damnum et ea præstatio non sit obligatio, aut pars ejus obligationis. Denique augere obligationem fidejussoris nihil aliud est, quam addi aliquid ad obligationem fidejussoris. Quis est autem, qui neget, præstationem aliquam seu præstandi aliquid necessitatem ad fidejussoris obligationem addi posse, etiamsi præstatio hæc non sit obligatio, sed sit ea præstatio, de qua loquimur, idest, præstatio earum accessionum, quæ ex mora officio judicis debentur? Quod si de verbis augendi obligationem obtinere non liceret; tamen superesset Accursii et Bartoli defensio, ut diceremus has præstationes, quibus accedentibus obligationem fidejussoris augeri volumus, si minus proprie: generaliter tamen, et latius obligationis verbo contineri, atque hoc modo obligationis verbum usurpasse hic Africanum: quem apparet nihil aliud voluisse, quam ad obligationem fidejussoris nihil addi debere, ut quidquam ultra ex mora rei præstare cogatur. Quam defensionem non video, cur isti propter verbum obligationis tantopere repudient. Constare debet, ut dixi, in hac re de hoc jure: nempe neminem præterquam quod se obligarit, aut deliquerit, alieno facto conveniri aut teneri posse. Constat etiam, Africanum non dicere, fidejussoris obligationem non augeri præstandu hoc quod actoris interest: sed ejus obligationem hac præstatione augeri non oportere: quibus verbis non admittitur, sed rejicitur ista præstatio. Certum est præterea, nunquam Africanum hoc tam absurde fuisse dicturum. ut cum statuere vellet fidejussorem ex mora rei non teneri in id, quod actoris interest, hanc rationem redderet, ut diceret eo fieri quia ista præstatio non essent in obligatione, etsi officio judicis necessario accederet. Quæ cum omnia manifeste arguant, Africanum hoc sentire, hanc accessionem a fidejussore ex mora rei præstandam non esse: cur si hanc sententiam retinere non possumus proprietate verbi obligationis: generalem, atque adeo abusivam significationem non sequemur, ut verba sententiæ serviant? Imo vero hoc præceptum Pauli ubique tenendum est, non oportere jus civile calumniari, neque verba captare: sed qua mente quidque diceretur, animadvertere convenire. *L. pen. supr. ad exhib.* Et quod dicitur, a significatione verborum recedendum non esse: cum hac exceptione dicitur, nisi manifestum sit, aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter, infr. de legat.* 3. Hic autem quid senserit Africanus, plusquam manifestum est ex iis quæ de jure rei, et conceptione definitionis modo diximus. Quare et hoc omnino hic sequi oportet. † Nisi forte isti contendent, neque proprie 16
neque improprie aut latius superiores præstationes verbo obligationis contineri. At nos doceamus contineri, nec plus istos vidisse in hac re, cum id negant, quam in cæteris partibus. Quidquid enim debetur, est in obligatione : nec quidquam in obligatione nisi quod debeatur. *L. 1. §. pen. et ult. infr. de pec. const.* At quæ accessiones officio judicis præstantur, eæ deberi dicuntur: ut puta, usuræ in bonæ fide, contractibus dicuntur ex mora deberi in *L. mora, §. in bonæ, infr. de usur.* quas tamen constat non deberi proprie ex obligatione, sed officio judicis præstari. *d. L. quæro, locat. L. qui per, §. ult. infr. de act. em.* Sunt ergo et hæ in obligatione. si præstari debere cœperint. Et cur non sint in obligatione? Si non debentur obligatione civili; at certe debebuntur naturali : æquum est enim moram passo eas præstari : ac vinculo æquitatis obligatio naturalis nectitur. *L. Stichum, §. naturalis, infr. de sol.* Naturalis autem obligatio, vere obligatio est, et ea cui etiam fidejussor recte accedit. *L. 1. infr. de fid.* Atqui in hoc genere accessionum aliquid amplius est, quam in obligatione naturali. Non enim usuræ in bonæ fidei contractibus ita tantum debentur ex mora, ut si solutæ sint, repeti non possint, quod proprium est naturalis obligationis; *L. naturales, infr. de ob. et act.* sed etiam ita, ut possint exigi : non principaliter quidem, et propria aliqua actione ; attamen per consequentiam principalis obligationis et actionis. † Itaque 17
quod de his accessionibus dicitur, non esse eas in obligatione, ut in *d. L. qui per. §. ult. de act. empt. d. L. quæro, infr. locat.* eo dicitur, quia non sint principaliter: ut plurimum autem ea esse et fieri dicere solemus. quæ sunt et fiunt principaliter. *L. 1. infr. de auct. tut.* At sunt per consequentiam, eoque et re vera: quia ut Africanus hic loquitur, circa contractus exsecutionem harum accessionum ratio judicis arbitrio committitur: non ut possit earum rationem habere, sed ut debeat, ut

jure cogatur. Quæ res suo modo eas in obligatione esse et deberi satis ostendit. Et ideo Paulus in *d. L. quæro, locat.* non dicit has accessiones in obligatione non esse, præstari autem officio judicis, ut oratio concepta est in *d. L. si per*, §. 1. *de act. em.* sed ita scribit, eas non tam ex obligatione proficisci, quam officio judicis applicari; his verbis significans suo quodam modo et ipsas ex obligatione principali proficisci; non ita tamen ex obligatione, quin magis ex officio judicis. Quod et verum est. Nam et huic præstationi præcedens obligatio principalis caussam dedit: sine qua nulla esset accessio. Sed ut ex principali obligatione non proficiscantur hæ accessiones: tamen hoc ipso, quod officio judicis necessario præstandæ sunt, ipsas per se deberi eoque et in obligatione esse recte dixeris. Quod et de his a juris auctoribus dici modo ostendi. Non me movet istorum ratio. Obligatio, inquiunt, est juris necessitas: quod autem committitur judicis arbitrio, non subjicitur juris necessitati. *L. quidquid, supr. de jur.* Quod ad obligationem attinet, si hoc verbo complectuntur omnem obligationem, tam naturalem, quam civilem: falsa definitio est. Obligatio enim naturalis nullam necessitatem habet ad cogendum eum, qui eo genere est obligatus. Sin intelligunt obligationem, ubi juris necessitas ad petendum aut obtinendum quid adjuncta est: non adversatur definitio his accessionibus, quæ ex mora debentur: quandoquidem et in his præstandis illa juris necessitas versatur: unde dicuntur deberi, ut dixi. Et ne hoc verbo non quodvis debitum, sed non utile et efficax intelligamus: dicuntur hæ de jure postulari. *L. initio, C. de pac. empt. et vend.* dicitur debitor in eas convaniri. *d. L. mora,*
18 §. *in bonæ, infr. de usur.* ‡ Quod autem dicunt, quod committitur judicis arbitrio, non subjici juris necessitati: ex his, quæ de usuris modo dixi, aperte falsum esse deprehenditur. Sed ne longius abjerimus; actio arbitraria hæc, qua alio loco agitur, in arbitrium judicis referri, et quod idem est, arbitrio judicis committi dicitur *L.* 3. *supr. eod.* Quidquid tamen hic præstandum est, id necessario præstandum est, nec permittitur judici, ut possit alterutri non tribuere. Itaque quidquid est, cujus ratio hic habetur, tale est, ut in eo tribuendo ubique Ulpianus non potestatis, sed necessitatis verbo utatur. Nam cum de eo quod alterutrius interest æstimando agitur, non dicit judicem posse in hac re quantitatem contractus excedere, vel minuere; sed prout alterutrius interest, et æquum erit, debere. *L.* 2. §. *ult. supr. eod.* Et cum agitur de reo absolvendo, quia æquum sit: non dicit judicem qui ex hac actione cognoscit, interdum posse reum absolvere, sed semper debere. *L.* 4. §. *ult. supr. eod.* Sic et Africanus hoc loco, si alibi quam Capuæ a fidejussore centum petantur, non dicit pecuniam peti posse similiter ut a promissore; sed peti debere, ut his æstimetur, quanti alterutrius interfuerit. Perperam vero refertur contraria sententia, quasi tradita in *L. non quidquid, supr. de jud.* Non enim illic dicitur: quidquid judicis potestati permittitur, id non subjici juris necessitati; sed hoc modo: *non quidquid judicis potestati permittitur, id subjici juris necessitati:* quæ orationes sunt repugnantes. Prior enim generalis est negativa, et eadem falsa: ut apparet in iis usuris, et eo quod interest, quæ ex mora tum in bonæ fidei judiciis, tum in hac actione arbitraria deberi diximus. Posterior particularis est, affirmativa ex parte, et ob id vera; qua significatur, non omne subjici juris necessitati, quod potestati judicis permittitur, idest, ex iis quæ potestati judicis permittuntur, pleraque subjici juris necessitati; non tamen omnia. Idque ita est; non enim subjiciuntur illa, quæ tribuuntur his verbis, et similibus; *Judex æstimabit, quid sit partium suarum: Judex poterit contra absentem sententiam ferre: adversus absentes sententia dari solet:* L. sæpe, *L. generaliter, supr. de offic. præs. L.* 1. *C. quom. et quand. iud.* cætera subjiciuntur.

Non male ergo Bartolus, non male cæteri obligationis et debiti verbo latius at per abusionem contineri dixerunt etiam eas accessiones quæ jure præstandæ sunt, etsi debentur ex mora, et officio judicis sunt præstandæ: ut si hoc, *obligationem augeri*, interpretandum est, *nova obligatione augeri*, efficiatur vere, obligationem et rei et promissoris augeri hac præstatione, quia in ea et obligatio et debitum insit. Sed non utor hac defensione, de qua dubitari potest propter eos locos, quibus dicuntur hujusmodi accessiones non esse in obligatione, sed in officio judicis. *d. L. quæro, locat. L. qui per*, §. 1. *de act. em. L. deducta, in pr. infr. ad Trebel.* Et quanquam prius satis ostendi, quo sensu id accipi debeat: tamen ex his verbis occasio cavillandi et contendendi arripi potest. Et vero frustra in ea defensione laboretur, quæ non est necessaria. Largior ergo, quod isti volunt de obligatione, et do, eum fidejussor in proposito id, quod interest actoris præstabit, tamen nullo modo id deberi, aut in obligatione esse. Sed non eo minus verum est id, de quo quæritur, cum hæc præstatio accedet ad obligationem fide-

jussoriam invito fidejussore: non minus hoc
modo augeri ejus obligationem, quam si
præstatio esset ex ipsa obligatione fidejus-
soria, seu pars ejus: quia non sit necesse,
ut res quæ auget, sit eadem, aut ejusdem
generis cum ea, quæ augetur ut supra
planum feci. Ex h.s plusquam liquido ap-
paret, certam esse hanc Africani sententiam,
eamque per se verissimam: fidejussorem in
arbitraria actione de qua agitur, ex mora
rei in id quod actoris interest non teneri. Si
teneretur: fore, ut hoc modo ejus obligatio
augeretur. In totum autem fidejussoris obli-
gationem augeri, aut si apertius volumus: in
totum fidejussorem ultra quam obligatus est,
teneri aut onerari ex mora rei non posse.
Quod cum ita sit, manet objectio *L. quæro,*
loc. in qua solvenda non frustra laboratur.
Cumque illic tradatur, accessionem usurarum
eam, quæ ex mora et officio judicis debea-
tur, a fidejussore conductionis ex mora rei
præstandam esse: idem hoc loco negetur de
accessione ejus, quod actoris propter locum
interest: necesse est sententias contrarias vi-
deri, nisi doceatur aut in specie fidejussionis
dissimili hæc responderi, aut accessiones di-
versas esse, de quibus ista dicuntur. De quo
19 tempus est, ut consideremus. † Ac de ac-
cessionibus sic habendum est: plane similes
accessiones esse, de quibus a fidejussore
præstandis utroque in loco agitur. Placet
illic, usuras esse præstandas illatarum tar-
dius pensionum: nempe accessionem, de qua
nihil convenit, sed quæ debeatur tantum ex
mora, et officio judicis præstetur. Ejusdem
generis plane res est, id quod interest actoris,
quod propter locum a reo aut fidejussore
petitur. Nam et hæc accessio est ultra sortem,
quæ præstatur ex mora, et arbitrio judicis
committitur, ut hic Africanus loquitur. Quod
si quid in his dissimile posset videri ad ne-
cessitatem præstationis: citius tamen dicere-
mus id quod interest alio loco agenti præ-
standum, quam usuras: quia illud est quod
abest: *L. si commissa, infr. rem rat. hab. L.*
2. §. ult. supr. eo. usuræ non absunt. Qua-
mobrem sicubi eas usuras ex mora rei a fi-
dejussore debere præstari legemus: ibi multo
magis præstandum id quod interest, cum alio
loco agetur, dicendum est: ut, in bonæ fidei
contractu si convenerit, ut pecunia Capuæ
solveretur, et fidejussor ejus contractus nomi-
ne sit acceptus, deinde post moram rei cum
fidejussore alibi agatur actione bonæ fidei,
juxta *L. in bonæ, præcedentem.*

Restat, ut si contraria esse nolumus, quæ
de his accessionibus præstandis tam varie
his locis scripta sunt, diversi juris ratio in
eo sit, quod dissimili in specie fidejussionis
aliud atque aliud jus exigente constituantur.
Et ita res habet. † In *L. quæro, locat.* ex 20
mora rei præstat fidejussor usuras pensionum
tardius solutarum, quia ita fidejussit, ut se
in eas quoque obligaret, non tantum in sor-
tem condictionis. In hoc responsio ne non
præstat ex mora rei id quod actoris interest,
centum Capuæ solvi; quia verbis fidejussio-
nis nihil de eo spopondit, quantumvis acce-
ptus simpliciter. Si jus in caussa positum est,
et id caussa distinguitur, ut bene Alfenus di-
cebat: *L. si ex plagis, §. in clivo, supr. ad*
L. Aquil. superioribus caussis positis, nihil
respondetur rectius, quam et illic deberi a
fidejussore accessionem usurarum ex mora
rei debitarum; et hic accessionem ejus quod
interest, ex mora rei non deberi. Sic enim
definiendum est: ut de his accessionibus fi-
dejussoris promissio est, ita jure fieri, ut in
eas teneatur, aut non teneatur. Si fidejubendo
de his spondet; spondendo se obligat, et obli-
gatus de utraque pariter tenetur; idest, non
tantum si id faciat de usuris in bonæ fidei
contractibus; sed etiam si de eo, quod
actoris interest ex mora rei in actione arbi-
traria. Quod si verbis fidejussionis de his ni-
hil est complexus, ut se in eas non obligavit
fidejubendo: sic nec in eas tenebitur, etiamsi
maxime de usuris agatur ex mora rei debitis
in contractu bonæ fidei: qualis est ea con-
ductio, quæ proponitur in *d. L. quæro.* Ita
in hac præstatione fidejussoria, fidejussio ipsa
et conventio fidejussoris totum facit: atque
hæc una ut sortis summam, ita distinguit
horum locorum præstationes. Hoc ita esse
doceamus: ac primum de *L. quæro.* † Pau- 21
lus in *L. quæro, loc.* respondet, fidejussorem
conductionis in specie a se proposita tardius
illatarum per moram coloni pensionum præ-
stare debere usuras: sed hac de caussa nomi-
natim, quam bis inculcat, quod *in omnem*
caussam conductionis etiam fidejussor se obli-
gasset. Et mox, quod *in omnem caussam*
se applicuisset: extra quam caussam se idem
dicturum non fuisse ostendit, dum initio id
respondet conditionaliter, hoc modo: *si in*
omnem caussam conductionis fidejussor se
obligavit. † His verbis contin. tur omnis res, 22
quæ ex eo contractu præstari debeat, sive
principaliter sit in obligatione, sive per con-
sequentiam ex mora rei officio judicis acce-
dat. Aut enim intelligit Paulus fidejussorem
se obligasse nominatim in omnem caussam
conductionis, ut his verbis uteretur; aut
simpliciter ita, ut diceret se spondere de
tota conductione, ut sit is fidejussor, quem
ipse initio vocat fidejussorem conductionis.

Si omnem caussam dixit fidejussor: id expressit, quod diximus. Verbo enim caussæ omnis utilitas continetur. quæ ex re percipi potest, quæ eadem potestate actionis in judicium venit. *L. præterea, supr. de rei vindic L. pen. §. pen. supr. si usufr. pet.* Si spopondit simpliciter de tota conductione: iamen vi ipsa idem dixit. Complexus est enim id umne, quod eo contractu bonæ fidei dari fieri deberet. Denique Paulus superioribus verbis eum se fidejussorem intelligere in extremo declarat, qui de tota conductione ita fidejussit, quasi spopondisset, in quantum colonum condemnari ex bona fide oporteret: in tantum locatorem indemnem se præstaturum. In summa eum fidejussorem, qui se obligasset in omnem rem, quam ex eo contractu actorem consequi, reum præstare quocunque jure oporteret. In hoc autem numero sunt usuræ ex mora rei. Hæ namque in bonæ fidei contractibus ex mora debentur. *d. L. mora, §. in bonæ, supr. de usur.* Non dubium igitur, quin hoc dicat Paulus: ideo fidejussorem in illa specie pensionum propter moram coloni tardius illatarum usuras præstare debere, quia in omnem caussam præstationemve conductionis, seu de tota conductione se obligans, his verbis non tantum se in sortem obligasset, sed etiam in usuras, quæ ex contractu, ex mora deberentur. Non ergo fidejussor in eas usuras tenetur, quia simpliciter in totam conductionem, non autem cum aliqua taxatione in certam summam fidejussit, quasi quidquam figura orationis ad rem pertineat; sed quia ita se obligando usuras est complexus: proinde in eas quoque se obligavit. Ita semper huc redit ratio; ut ideo fidejussor apud Paulum teneatur in usuras ex mora debitas, quia in eas se obligavit. Quod nisi verbis fidejussionis in eas se obligasset vel nominatim, vel verbis generalibus hanc ipsam præstationem continentibus, in eas nequaquam teneretur. Quod idem Paulus de eo respondit, qui in certam summam se obstrinxerat, quantumvis id fecisset in caussa conductionis, et quidem pro conductore vectigalis: tantum ideo, quod se ultra summam expressam non obligasset; ac proinde non in omnem præstationem conductionis, eoque nec in usuras. *L. fidejussores magistratuum. 68. §. 1. infr. de fidejus.* Et merito. Ut enim qui omnino pro alio se non obligavit, ejus nomine teneri non potest: *L. nec intentio, C. de trans. L. pen. C. ne ux. pro mar. L. 1. C. ne fil. pro pat.* sic nec qui se obligavit, ultra quam obligatus est. Quidquid enim ultra est, hactenus verum est, eum se non obligasse. Nec consequentia principalis obligationis efficiet, ut fidejussor conductionis teneatur in usuras conductionis, qui se in eas non obstrinxit, quamvis colonus eas ex mora debere cœperit. Debet enim reus, quia moram fecit. Hujus factum et culpa ei nocere non potest, qui ipse nihil commisit, ut jam aliquoties diximus. *d. L. de pupillo, § si plurium, infr. de op. no. nunt. L. solvendo, supr. de neg. gest.* Itaque ne hic mihi quisquam dicat ex istis ridicule subtilibus, periculum non esse, ne cum fidejussor usuras ex mora rei præstabit, videatur obligari alieno nomine, quoniam usuræ istæ ex mora non sint in obligatione, nec debeantur, sed præstentur officio judicis. Satis est ad onerandum fidejussorem, eique nocendum, si præstare aliquo jure cogitur. Porro non dicimus neminem alieno facto obligari non posse, sed non onerari: non posse denique factum alienum nocere ei, qui nihil fecerit. *d. L de pupillo. §. si plurium. L. in caussæ, supr. de proc.* Quanquam ne hic quidem fidejussor debere potest eas usuras officio judicis. Huic enim solum locus est in judicio bonæ fidei: quo judicio fidejussor non tenetur. Qua ratione nec ex mora sua fidejussor hic debere potest usuras. Etsi enim bonæ fidei contractui accedit, in quem veniunt usuræ ex mora: *d. L. mora, §. in bonæ, de usur.* ex contractu stricti juris tenetur tamen; non bonæ fidei: tenetur enim ex stipulatione, qua se obstrinxit. *L. blanditus, C. de fid.* Hæc ut stricti judicii est: *L. alias. supr. de in lit jur.* sic usuras ex mora non admittit. *L. quia, supr. de neg. gest.*

Hæc eo spectant, ut certius statuatur, si in specie *L. quæro*, fidejussor eundem conductionis tenetur in usuras, quæ propter moram rei officio judicis debentur, non alia de caussa id fieri, quam quod verbis fidejussionis se in eas quoque, ac non tantum in sortem obligavit: alioqui obnoxius non futurus. Quod et verbis fidejussionis effici, et Paulum sentire ostendimus. Ex quo et certa ratio responsi, et quam nihil habeat ea sententia huic loco aut aliis repugnans, sumitur. † 23
Sed quoniam si in eas se obligavit, necesse est, ut sint in ejus obligatione, et hic quidam obsistunt: ante de eo breviter dicendum videtur. Negant ergo illi Petri defensores, quos ante dixi, eas usuras esse in obligatione, quas fidejussor præstat in specie. *L. quæro:* et generaliter quas simpliciter acceptus præstat ex mora rei in bonæ fidei judicio. Volunt enim hac præstatione ideo non augeri fidejussoris obligationem. quia hæ usuræ non sint in obligatione fidejussoria,

et rationem reddunt: quia nec sint in obligatione principali, nec possit fidejussoris durior esse conditio. Quo jure ergo has usuras præstat? officio judicis, inquiunt, sine obligatione. Nos vero adversus ista, quæ de obligatione fidejus oris hic dicunt, ita statuamus. Si fidejussor conductionis de quo agitur, in eas usuras, quæ propter moram rei debentur, se non obligavit, in eas neque ex mora rei, neque adeo ex sua teneri potest: ut paulo ante satis demonstratum est. Sed et eum verbis fidejussionis in eas se obligasse non minus intellectum est. Quod si se in eas obligavit fidejubendo, non possunt, quin sint in obligatione fidejussoris. Id enim est in obligatione cujusque, in quod ille est obligatus. Nec potest quisquam dici obligatus, nisi propter obligationem, qua tenetur. Dicent fidejussorem in hac caussa in eas usuras non obligari: quia etsi verbis de bis spondere intelligitur, tamen in eas obligari non possit: quoniam juris forma refragetur. Quod et sentire videntur: id enim efficit ratio, quæ ab illis subjicitur. Sed hoc responso, quocunque modo id probent, in idem incommodum revolvuntur. Nam si fidejussor jure ex ea sponsione non obligatur: perinde habenda est sponsio de usuris, quasi interposita non esset. *L. non dubium, C. de legib.* Quod si de his nihil spopondisset: si se, ut Paulus loquitur, in omnem caussam præstationemque conductionis non obligasset: jam effectum est, illum eas usuras debiturum non fuisse. Sed ne hic reformidemus rationem juris. Quemadmodum fidejussor verbis se in eas usuras obligavit: ita jure fit, ut in eas obligetur, sintque in ejus obligatione. Quid enim prohibet: cum spondeat de bis usuris, quas prius reus præstare debeat? Prohibet, inquiunt, ratio principalis obligationis; et conditio obligationis fidejussoriæ. Nam hæ usuræ a reo principali non ita debentur ex mora, ut sint in obligatione, sed officio judicis tantum præstentur. Ex quo absurdum videre volunt, ut sint in obligatione fidejussoria: quia ita sit conditio fidejussoris, ut in duriorem caussam non possit obligari. Sed errant longe, si putant nihil posse esse in obligatione fidejussoris, ut id jure civili debeatur ex stipulatione, nisi quod pariter et eodem jure a reo debeatur. Quod naturaliter quis debet, nec debetur jure civili, nec jure ab eo peti potest. *L. naturales, infr. de ob. et act.* Naturali tamen obligationi recte accedit fidejussor, non tantum ut eo nomine obligetur jure civili, sed etiam ut utilis sit adversus eum petitio. *L. 1. L. fidejussor, 16. §. pen. infr. de fid.* At quanto plus est in præstatione earum usurarum quæ in bonæ fidei contractibus ex mora debentur, quam in naturali obligatione? Naturaliter obligatus, nulla necessitate rei præstandæ tenetur. Usuræ autem superiores ita debentur a reo ex mora, ut et jure postulari possint, et reus in eas conveniri, et conventus bonæ fidei judicio eas præstare cogatur. Tot enim de hac præstatione prodita legimus. *L. initio, C. de pact. int. em. et vend. L. mora, § in bonæ, infr. de usur. d. L. quæro, locat.* Quare si fidejussor naturali obligationi ita adhiberi potest, ut ultro conveniri possit, quod non est in obligatione principali: multo magis in usuras ex mora debitas acceptus ita tenebitur, ut sint usuræ in obligatione fidejussoris; et eas debeat jure civili, in quas et reus poterat conveniri. At fidejussoris conditio durior esse non potest. Non efficitur hic durior, cum reus in easdem usuras teneatur, et quidem ita, ut præstare necesse habeat. At tenetur alio modo, alioque jure; nempe officio judicis. Hoc non facit in re deteriorem conditionem fidejussoris, cum re ipsa et reus idem præstare debeat. Spectamus autem, quid præstare debeat reus, non quomodo, quove jure, ut accedens fidejussor obligetur: alioqui nec naturali obligationi recte accesserit. At etiam diserte de his usuris traditum est, eas non esse in obligatione, sed officio judicis præstari. *d. L. quæro, loc. L. qui per, §. 1. infr. de act. em.* Sed hoc dictum esse de usuris quæ a reo ipso ex mora ejus debentur, et quatenus ab eo petuntur, aut peti possunt, liquet ex *d. L. quæro.* Nec vero de aliis intelligi potest. Nam quæ petuntur a fidejussore, etsi non aliæ sunt, quam eæ, quas prius reus ex mora debuit: non tamen fidejussor eas præstare cogi potest officio judicis: cum ut dixi, non conveniatur actione bonæ fidei, cui accessit; sed ex stipulatione, qua se obligavit. In actionem autem ex stipulatu nihil amplius venit, quam quod comprehensum est stipulatione, nec longius progreditur officium judicis ejus actionis: *d. L. quia. supr. de neg. gest.* nisi quod in hac actione, ut et in cæteris stricti juris post litem contestatam caussa præstanda est. *L. videamus, §. si actionem. infr. de usur.* sed in hoc numero non sunt usuræ. *L. 1. C. de cond. ind.* Sit ergo hoc effectum, fidejussorem in *L. quæro,* obligantem se in omnem caussam conductionis, aut, quod idem est, in universam conductionem, his verbis obligasse se sua sponsione etiam in usuras, quæ ex mora rei officio judicis debeantur. Nec impediri obligationem, quia reus principalis non item ex obligatione illa debeat: quoniam ad con-

stituendam obligationem fidejussoris non sit necesse, ut reus, quod præstare debet, eodem jure debeat. Satis sit, teneatur ita, ut præstare cogendus sit, si etiamsi officio judicis. Imo vero satis eum vel natura debere, etiam si nulla necessitas sit præstandi. Hinc fieri, ut quæ usuræ in hac specie officio judicis a reo debeantur, incipiant a fidejussore jure stipulationis deberi, eoque et sint in fidejussoria obligatione. Quo constituto, fit utrumque illud, quod supra hinc sumi dixi, ut et ratio responsi illius sit exposita, et simul intelligatur, quam nihil ei sententiæ aut hoc responsum Africani aut juris ratio adversetur. Non mirum ergo, si illic fidejussor eas usuras ob moram debet præstare: quippe ea conditione se in eas obligavit. Obligatur fidejussione sua citra controversiam in sortem; obligetur et in usuras ex mora debitas, quas eodem modo fide sua esse jussit. Similiter et de hoc loco hinc jam expedita responsio est. Vult hic Africanus ex mora rei non teneri fidejussorem in id quod actoris interest, Capuæ solvi. Id caussæ est, quia in id se non obligavit, ut mox dicetur: at non obligavit se apud Paulum in usuras, quas ex mora rei præstare debere dicitur. Definit hoc loco idem Africanus in universum, non oportere ex mora rei obligatio-
24 nem fidejussoris augeri. † Ne tunc quidem augetur ejus obligatio, cum usuras ex mora rei debitas præstat, in quas se obligavit. An quod hæ usuræ jure non sunt in fidejussoris obligatione? Sed et in obligatione fidejussoria esse ostendi: et si non essent, tamen satis docui, vere dici augere fidejussoris obligationem id omne, quos is per occasionem ejus obligationis amplius præstare cogeretur. Cur ergo ea præstatione usurarum non augetur fidejussoris obligatio? Quia, inquam, in eas se itidem ut in sortem fidejubendo obligavit. Non dicitur augeri obligatio fidejussoris, ubi servatur obligatio ejus, quæ initio fuit, nec quidquam ei adjicitur. At in specie *L. quæro*, obligatio fidejussoris a principio constituta est in omnem caussam et præstationem conductionis: eoque in sortem et usuras sortis ex mora rei eo judicio debitas. Quæ res facit, ut dum ex conditione præstabit fidejussor eas usuras, nihil obligationi constitutæ adjiciatur, sed obligatio servetur. Quapropter præstatione earum usurarum obligatio fidejussoris in eas quoque initio constituta nequaquam augetur. At saltem adhuc obstare videbitur ratio juris, quod dicamus fidejussorem ex mora rei teneri in usuras: cum jus vetet, facto alieno quemquam onerari, seu factum alienum nocere ei, qui ipse nihil fecit. *d. L. in caussa supr. de proc. d. L. de pupillo, §. si plurium, infr. de op. no. nunt.* Imo et hoc superiore obligatione constituta facile diluitur. Qui obligavit se in usuras, quas reus ex mora debiturus est, si eas ex conditione præstabit, non debet dici ex mora rei eas præstare, sed sua obligatione: non alieno facto teneri sed suo. Promisit quidem sub conditione, si reus moram faceret: ut non possit nisi reo moram faciente, ac propter ejus moram in eas obligari. Sed non si reus moram fecerit, ideo fidejussor usuras ex ejus mora debebit; sed ex stipulatione et fidejussione sua, cujus conditio exstitit. Similiter ut evenit in ea stipulatione, qua reus promisit per se non fieri, neque per heredes suos, quominus mihi ire agere liceat. In qua mortuo promissore si unus ex heredibus ejus me prohibeat; placet cæteros eo facto teneri; non tamen ut ex facto coheredis hæc obligatio nascatur, ne quis dicat alienum factum ei nocere, qui nihil fecerit; sed ex stipulatione hereditaria, quæ omnes heredes promissoris pro portione hereditaria obligat: atque hujus conditio, uno ex heredibus contra quam cautum est faciente, exstitit. *L. inter, §. quod ex facto, supr. fam. erc.*

Dixi de usuris ex mora rei in bonæ fidei judicio debitis, quas volumus a fidejussore quoque debere præstari, si fidejubendo se in eas obligarit: quod illum fecisse in specie, *L. quæro*, apparuit. Ajo idem esse et de eo quod actoris propter locum interest in actione arbitraria, siquidem, et in id fidejussor se obligarit; ne forte cum has accessiones eodem modo ex mora rei et officio judicis præstari constiterit, in his aliquid diversi juris ad earum præstationem præter rem inducamus. Cur ergo hic negat Africanus, id quod interest, de quo quæritur, ex mora rei a fidejussore præstandum, cum fidejussor simpliciter et indefinite sit acceptus? quia verbis fidejussor is in sortem Capuæ debitam se obligavit: non obligavit in id quod extra eum locum actoris interest. Quod si ita est: omnia in utroque responso bene se habent, et utrumque cum altero, ac cum rationibus juris et æquitatis optime congruit. De quo reliquum est, ut videamus. † Et fortasse quis dixerit, hanc significatio 25
nem, eoque et dissimilitudinem fidejussionis utriusque loci non longius petendam., quam ex his verbis: quod in *L. quæro*, proponitur fidejussor se obligasse in omnem caussam conductionis; hic autem tantum dicitur fidejussor acceptus: ut intelligatur acceptus nomine ejus stipulationis, seu in eam stipu-

lationem, quæ præcessit. Interesse nimirum, utrum is obliget se nominatim in omnem caussam contractus praecedentis: an simpliciter in contractum præcedentem: ut si quidem omnem caussam contractus dixit, obligetur in omnem rem, quæ potestate ejus contractus præstanda est. Sin tantum dixit stipulationem aut contractum præcedentem nihil amplius debeat, quam quod proprie in obligatione est, et debetur ex eo contractu. In quo genere non sunt aut usura, aut id quod actoris interest, cum hæc ex mora rei præstantur officio judicis. *L. ult. infr. eod. d. L. quæro. locat. L. qui per* §. 1. *infr. de act. em.* Idque videtur suadere primum verbum *caussæ*: quo verbo, ut ante dixi, omnis utilitas, quæ ex re percipi potest, continetur *d. L. præterea, supr. de rei vind. L. pen.* §. *pen. supr. si ususfr. pet.* Absque eo aotem hæc utilitas non item facile intelligitur. Deinde hujus ipsius verbi inculcatio studiosa apud Paulum in *d. L. quæro.* Quod enim dicit. fidejussorem conductionis in specie illic proposita usuras pensionum ex mora præstare debere: nominatim id se respondere dicit hac conditione, si fidejussor in omnem caussam conductionis se obligavit: et ut ostendat se his ipsis verbis ad id respondendum moveri: mox idem sine conditione respondens, et ratione confirmans, non novis verbis utitur, sed omnino iisdem, veluti ἐμφατικῶς: ut dicat, *cum fidejussor in omnem caussam se applicuerit.* Quæ omnis diligens ejusdem verbi repetitio pro ratione posita, eo spectare videtur, ut significet Paulus, si fidejussor his verbis aut aliis idem significantibus, nominatim usus non fuerit in fidejubendo, se idem non fuisse dicturum; sed magis idem, quod Africanus hoc loco. Et prima fronte dicitur hoc valde probabiliter. Ac retinendum censerem ut expeditissimum ad horum locorum conciliationem, nisi alii loci nos docerent. juris auctoribus, atque adeo huic ipsi Paulo nihil interesse ad omnem fidejussoris præstationem, utrum is se obliget in totum contractum præcedentem. an vero in omnem caussam contractus; sed utraque oratione vice mutua idem significari, et ad obligandum eum idem valere. Quod ex his non obscure intelligitur. Paulus in *L. quæro*, ait fidejussorem conductionis teneri in usuras pensionum per moram coloni non solutarum, si se obligaverit in omnem caussam conductionis: quod et de usuris empti scriptum est in *L. initio. C. de pact. int. em. et vend.* si fidejussor in omnem caussam empti se obstrinxerit. At idem Paulus alibi tantundem respondet de fidejussore se obligarit in omnem conductionem. *L. fidejussores magistratuum*, 68. §. 1. *infr. de fid.* Tantundem Ulpianus de eodem fidejussore, si is fidejusserit pro conductore in universum conductionem. *L. 2.* §. *ult. de admi. nistr. rer. ad civit. pertin.* Proinde et si se obligasset in conductionem ipsam. idem responderent. Qui enim conductionem præcedentem dicit, totam dicit: quia hæc præcessit tota, non pro parte tantum. Ergo in conductionem omnem, seu in conductionem quæ præcessit, valet idem, quod in omnem caussam conductionis: et e converso. Ac ne quis in contractu bonæ fidei tantum id recte dici existimet, apertius etiam in contractu stricti juris eodem auctore Paolo intelligitur. Nam qui fidejussor simpliciter stipulationis præcedentis nomine acceptus est, hunc ille interpretatur in totam caussam spopondisse: ut sit sensus: spopondisse eum, quidquid reum ex ea caussa dare oporteret. *L. si servum*, §. *nunc videamus. infr. de verb. obl.* Idem Paulus fidejussorem qui pro mutuo se obligavit, dicit in omnem caussam acceptum. quæ ex ea numeratione nasci posset. *L. si quis pro eo*, 56. §. *si nummos. infr. de fidejus.*

Ex quibus palam fit, quod dixi, et eum fidejussorem qui simpliciter in contractum præcedentem se obligat, obligare se in omnem caussam contractus: et qui aperte in omnem caussam spondet nihil amplius spondere, quam si se in contractum ipsum obligaret. † Quid ergo relinquitur in forma fide- 26
jussionis hujus loci. unde colligamus. fidejussorem non obligasse se in accessionem ejus quod actoris propter locum interest, similiter ut in specie *L. quæro*, obligatur in accessionem usurarum: ubi fateamur eum utrobique se obligasse in omnem caussam præcedentis contractus? Dissimilitudinem facit non forma horum verborum, ut dicat fidejussor se spondere in omnem contractum aut in omnem caussam contractus; sed species contractus, cui fidejussor se applicat. Ut enim contractus præcedens pro natura et potestate ejus judicii superiores accessiones ex mora rei admittit, aut non admittit: ita fidejussor in eum contractum se obligans, verbo ipso contractus de iis accessionibus spondere, aut non spondere intelligitur. Interest igitur, utrum obliget se in contractum bonæ fidei, veluti conductionem, ut fit in *L. quæro*, an vero stricti juris, veluti stipulationem, ut hoc loco. Qui se in contractum bonæ fidei obstringit, sive in omnem contractum dicat, sive in omnem caussam contractus: etiam usoras ex mora rei debebit: quia et hæc præstatio contractus bonæ fidei conti-

netur. Usuræ enim in contractibus bonæ fidei ex mora debentur. *d. L. mora*, §. *in bonæ. infr. de usur. L. initio, C. de pact. int. em. et ven. com.* Puto debiturum et id quod actoris interest propter locum, si forte et id in hunc contractum incidet. Ut, si proponas in locatione convenisse, ut pensiones Capuæ solverentur, et fidejussor totius ejus conductionis acceptus sit: putem fidejussorem non tantum teneri ex mora rei in usuras pensionum; sed etiam ex eadem mora in id quod actoris interest, Capuæ solvi, si cum reo alibi ageretur, et similiter nunc agatur cum fidejussore. Ageretur enim in rem etiam alibi actione bonæ fidei ex ipso contractu non actione arbitraria. *L. in bonæ. supr. eod.* continebitur igitur et hoc posterius eo contractu, eaque actione. Est enim æquum id alibi agenti præstari. *L.* 2. §. *ult.* juncta *L.* 4. *in fin. supr. supr. eod.* continentur autem bonæ fidei contractu omnia, quæ æquum et bonum est præstari, non tantum judicii potestate, sed etiam natura; quia est ex bona fide. §. *in bonæ, Inst. de act.* Nec Paulus in *d. L. quæro*, rationem reddere volens, cur fidejussor teneatur in usuras conductionis aliam reddit, quam hanc; quod fidejussor in omnem caussam conductionis se obligans, perinde facere videatur ex natura contractus, quasi promisisset, in quantum reum ex bona fide condemnari oporteret. At qui pro stipulatione, centum Capuæ dari, intercessit, etsi maxime in omnem caussam ejus stipulationis etiam nominatim se obligarit; tamen non tenebitur ex mora rei in id quod actoris interest, eam pecuniam potius, quam alibi solvi; non alia id quidem ratione, quam quod se in eam accessionem non obligavit. Sed ideo non obligavit, quia obstrinxit se tantum in stipulationem, et eo quæ sunt stipulationis. Hæc autem accessio nullo jure continetur stipulatione, ut inde præstanda sit, aut ex obligatione, aut officio judicis. Nullo denique jure debetur ex stipulatione, sive stipulationem ipsam spectes, sive actionem, quæ ex ea stipulatione nascitur: Non sane ex stipulatione; quippe qua centum promissa sunt, nihil amplius; nec in stipulationem venit, nisi quod verbis comprehensum est. *L. quidquid, infr. de ver. obl.* §. *ult. Inst. de obl. ex cons.* Non ex actione, quæ inde nascitur; quoniam ex eo contractu actio non competit alio loco quam Capuæ. *L.* 1. *supr. eod.* At eo loco si agitur, ipsa sola summa promissa petitur, nec amplius quid, ut est in *L.* 4. *in pr. eod.* At enim, dices: alibi quoque agi posse placuit, et ita quidem, ut si agatur placeat etiam ex mora rei rationem haberi, quanti interfuerit actoris Capuæ potius, quam alibi solvi. *L.* 2. §. *ult. supr.* Sed hoc neque ex stipulatione est, neque stipulationis natura aut æquitate accidit; sed præter aut etiam contra stipulationem, actione utili arbitraria propter utilitatem alio loco comparata. *d. L. d. supr. eod.* Ita fit, ut nunquam si hæc præstatio ex stipulatione; eoque nec de ea quidquam spondeat fidejussor, qui se in stipulationem tantum obligavit. De usuris ex mora rei a fidejussore non præstandis, nihil necesse est hic dici, quia nec a promissore ex mora hic debentur; cum sit hæc tantum bonæ fidei judiciorum propria præstatio. *d. L. mora*, §. *in bonæ, de usur. L. quia, supr. de neg. gest. L.* 3. *C. de usur. L.* 1. *C. de cond. ind.* ideo de ea accessione hic non quæritur. De altera, ejus quod actoris interest; potest dubitari; cum id in actione arbitraria debeatur officio judicis. Quamobrem et de ea accessione hic ambigitur. Sed non minus et hanc a fidejussore ex mora rei præstandam negamus; quia nec ex stipulatione veniat.

Summa † omnis huc redit, quam ad sententiam et rationem hujus loci, nec non ad 27
conciliationem *L. quæro*, notari volumus. Quod fidejussor stipulationis, centum Capuæ dari, alibi conventus, ex mora rei non tenetur in id quod ultra sortem actoris interest, Capuæ potius quam alibi solvi: eo fieri, quod fidejussor verbis fidejussionis in eam summam se non obligavit. Cur autem intelligatur se non obligasse potius, quam in specie *L. quæro*; in caussa esse contractum principalem, in quem hic fidejussit; stipulationem videlicet, cujus natura et potestate hæc præstatio non continetur; nec de obligatione fidejussoris quidquam statui potest, nisi ex verbis et forma fidejussionis: Contraria de caussa in specie *L. quæro*, usuras a fidejussore ex mora rei præstari; quia ibi se in conductionem obligasset, in quam hæc præstatio veniret potestate et natura judicii. Quod si in proposito fidejussor in illud quod actoris interest, aperte se obligasset, ut sponderet et centum Capuæ, et quod reum alio loco conventum arbitraria actione dare oporteret; nemo juste dubitarit, quin is in eam accessionem ex mora rei teneretur. † Illud 28
dubitari potest, an tunc id quod interest deberetur a fidejussore, essetque in ejus obligatione; quod isti, negant. Sed cum dicamus fidejussorem hoc casu teneri in eam summam, quia fidejubendo in eam se obligarit; absurde negemus esse in obligatione ejus in quod obligatum esse fateamur.

Nisi forte juxta istorum rationem dicamus, fidejussorem hujus stipulationi spondere posse verbis de accessione ejus quod interest, at jure non obligari; quia nec ea sit in obligatione principali; non possit autem fidejussoris durior esse conditio. Sed et jam satis de eo supra respondisse videor, cum agerem de usuris, quas dicebamus in specie *L. quæro*, ideo ex mora rei a fidejussore præstari, quia se in eas obligasset, ac jure obligasset; et cum hujusmodi fidejussionem esse statuam, in specie *L. ult. infr. eod.* ibi de hac parte commodius dicetur. Quæ de effectu partis sortis solutæ in extremo hic dicuntur, ea ad explicandum in eandem. *L. ult.* rejecimos, ubi ex professo de hac specie respondetur.

Ad L. *Is qui certo* 10.

Ulpianus *lib.* 42. *ad Sabinum.*

Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.

SUMMARIA.

1. *et* 6. *Certo loco quod debetur, alio loco solvi non potest invito creditore, quamvis reus offerre se dicat, quod creditoris intersit: et quomodo id accipiendum.* num. 6.
2. *Loco alio peti potest ab actore: alio loco solvi non potest a reo, cur?*
3. *Alio loco solvi non potest: alio die cur potest?*
4. L. continuus, §. cum ita, de ver. ob. *conciliata cum hoc loco.*
5. *Alio loco solvi posse ex justa caussa, et quæ hic justa caussa.*

Quod certo loco promissum est, id potest
creditor alio petere. *L.* 1. *et tot. tit. supr.*
Mirum ergo videri potest, si non et promissori liceat solvere alio loco, ut quod actori
conceditur ad petendum, id permittatur et
ad solvendam reo. Quod et regula juris effici videtur, quæ dictat, non debere actori
licere, quod reo non permittitur. *L. non*
1 *debet actori, infr. de reg. jur.* † Adversus
hanc dubitationem definitio hic diserte scripta est, promissorem non posse ullo alio
loco solvere invito stipulatore. Neque quidquam adiicitur de promissore, an is præter
sortem non offerat creditori id quod illius
interest, loco constituto pecuniam solvi. Unde
intelligitur sive id non offerat, sive offerat,
idem juris esse. Arg. in *L.* 9. §. *animadvertendum, supr. quod met. cau. L. item veniunt*
§. *a quo, supr. de pet. her. L. de pretio, supr.
de publician.* Confirmaturque hæc sententia
L. obsignatione, C. de solut. Ubi scribitur,
quamvis totius pecuniæ debitæ obsignatione
liberationem non contigere, nisi et suo loco
obsignetur. Confirmatur item ratione juris
certa. Nam cum locus solutioni initio dictus
est, stipulatio certam conditionem accepit,
ut pro commodo utriusque ex contrahentibus eo loco solveretur. Hanc conditionem ut
stipulator invito reo mutare non potest: *L.
vero.* 12. *vers. pen. infr. de solut.* sic nec
reus invito stipulatore. *L. habere, in fi. infr.
de evict.* Denique jus alteri semel quæsitum,
invito auferri non potest. *L. ult. supr. de
pact. L.* 2. *supr. de iis qui sunt sui. vel alie.
jur.* Nec ad rem pertinet, si quis dicat, pecunia alio loco oblata, nullam fieri injuriam
creditori, si ei præter sortem offertur omne,
quod ejus interest. Semper enim in promptu
parata ei defensio futura est, dum dicet pluris sua interesse propter loci constituti opportunitatem et commoditatem. Sed de ea
in exceptione paulo post plura. Nunc ipsi
definitioni quædam obstant, quæ ante diluenda sunt. † Ae primum quid dicimus ad 2
illam æquitatem juris, quam initio commemoravi, qua placet, quod actori licet, id
multo magis reo permittendum: cum favorabiliores sint rei, quam actores? *d. L. non
debet actori, L. favorabiliores, infr. de reg.
jur.* Nempe tandiu reus favorabilior habendus est, ut ei tribuatur, quod permittitur
actori: quandiu in reo aut major, aut par
ratio idem suadet. Ubi autem certa aliqua
de caussa quid tribuitur actori: semper probandum est, deficiente ea caussa in reo,
nec in reo id jus locum habere posse. *L.*

in omnibus caussis id observatur, *infr. de reg. jur. L. quod dictum*, *supr. de pact.* Id autem in hac re accidit. Ideo enim creditori licet alio loco petere, quia nisi liceret, jus suum amitteret. *L.* 1. *sup. eod.* Hoc periculum in reo alibi solvere parato metuere non possumus. Ut enim maxime hoc illi non permittatur: non ideo pecunia ibi recusata quidquam amittet, sed potius pecuniam suam hoc modo apud se retinebit. Non ergo ei tribuendum est, ut in necem creditoris alibi solvat, ubi ad jus illius tuendum non est necesse. Opponitur præterea loco adjecto exemplum diei adjecti. Nam quod certa die promissa est, licet solvere et ante diem, et quidem statim. *L. quod certa*, *infr. de solut.* quod et invito stipulatore fieri posse dilueide probavimus ad *L. eum qui Calendis*, *§. ult. infr. de verb. obl.* Quid ni igitur, quod certo loco promissum est, liceat alio loco etiam invito
3 stipulatore solvere? † Sed alia caussa est diei, alia loci constituti. Dies solutioni solius debitoris caussa adiicitur, nisi quid aperte constet adiici crediloris caussa. *d. L. cum qui Calendis*, *§. ult. de ver. obl.* Proinde licet debitori et huic juri pro se introducto renuntiare. *L. pen. C. de pact.* Locus solvendi adiicitur utriusque caussa tam stipulatoris, quam promissoris, propter eas utilitates, quæ singulis locis ab utroque percipi possunt, de quibus supra in L. 2. *§. ult. et L.* 3. Quapropter nec sit promissor huic commoditati renuntiare poterit, ut de alienis commoditatibus statuat. Adde commodum et incommodum utriusque solutionis. Debitor cum ante diem solvit, tantum abest, ut creditori detrahat, ut etiam illi adiiciat. Nam præter sortem præstat creditori etiam interusurium, medii temporis. Unde et plus solvere videtur *§. plus autem*, *Inst. de act.* Contra alio loco solvendo aufert creditori loci constituti utilitatem. Meliorem alterius conditionem facere liceat: deteriorem non licet. *L. solvendo*, *supr. de*
4 *neg. gest.* † Postremo remota omni obliqua objectione sumpta ex comparatione vel creditoris, vel diei adjecti, recta videtur contrarium huic loco dici in *L. continuus*, *§. cum ita*, *infr. de ver. ob.* ubi diserte scriptum est, promissorem, qui Ephesi se daturum promiserat, posse ubique solvere, non tantum Ephesi. Verbum *posse* ad facultatem promissoris refertur, et significat posse eum etiam invito stipulatore: ut, eum dicitur, quod certa die promissum est, vel statim dari posse. *L. quod certa*, *infr. de solut.* Quod et verum est: nisi manifestum sit, aliud sensisse scriptorem. At licet enimadvertere Venulejum in *d. §. cum ita*, superius illud dicere de eo promissore, qui stipulatori alio loco accipere parato soluturus esset. Quinimo proponit cum stipulatorem, qui alio loco pecuniam condicebat. Huic quidem si alio loco solvitur, perspicuum est non nisi volenti atque adeo ultro petenti solvi. Sane vero volenti alio quovis loco recte solvitur: invito solvi non potest: ac de invito hujus loci definitio est. Quod dicitur in L. 2. *§. Scævola vers. et generaliter. supr. eod.* reum qui promisit Ephesi aut Capuæ se daturum, ante petitionem habere electionem, ubi solvat; de electione duorum illorum locorum constitutorum scriptum est: ut sit sensus, esse in potestate debitoris, utro ex his locis solvat. Quod ne in speciem quidem huic loco adversatur. Qui enim ex duobus constitutis locis unum eligit, semper verum est, hunc solvere eo loco, quo promisit. Hic de eo agitur, qui alio loco solvit, quam in quo promisit. † 5
Sciendum tamen est, quod simpliciter hic definitur, temperari exceptione in *L. usuras* 8. *C. de solut.* nisi justa caussa sit, cur alio loco solvi permittatur. Quod ut intelligatur, hæc illic communis definitio est: *Ratio exempli non sinit permittere*, (sic enim legendum, ut eam lectionem et Accursius agnoscit: nam promittere ut vulgo legitur, ratio sententiæ repudiat) non sinit, inquam, permittere, idest, ut permittamos, *usuras quæ quotannis in urbe numerandæ sunt, alio loco deferri*, aut, ut in aliis exemplaribus legitur, *dependi.* Hoc de usuris certo loco promissis ita dicitur, ut sub una specie ad omnes res eodem modo promissas pertineat. Hactenus ergo communis cum hoc loco definitio, ut dixi. Sed additur illic exceptio, ut non sit permittendum alio loco pecuniam solvi, *nisi ex justa caussa.* Quod et et huc transferendum est. Est enim hæc exceptio, quam si nusquam alibi diserte exstaret, tamen ultro intelligi oporteret: quam eandem in omni jure, quod verbis præcise constitutum est, passim a veteribus adhibitam observare possumus, ut *L. quamvis*, *supr. de in jus voc. L.* 4. *§.* 1. *infr. de re jud. L.* 4. *§. pen. supr. de in lit. jur. L. si longius*, *§.* 1. *supr. de jud. L. pen. supr. de in int. rest.* et recte. Est enim æquum quid concedi, si est ex justa caussa: semper autem in jure æquitas spectanda est. *L. in omnibus quidem*, *infr. de reg. jur.* Genere autem duplex justa caussa esse potest, cur solutio alibi admittatur; vel quia loco constituto solvi non possit; vel quia nihil interslt, cre-

ditoris eo loco solvi. Accidere multis modis potest, ut non possit solvi eo loco, quo promissum est. Quid enim, si locus esse desierit, aut vastatos bello, et eversus, ut olim Carthago, et Corinthus, aut absorptus chasmate, ut Laodicea, Hierapolis; aut a mari occupatus, ut pleraque loca patrum memoria in inferiore Germania? His locis, quæ non sunt, ne si velimus quidem, solvi quidquam potest per rerum naturam. Quid, si locus occupatus sit ab hostibus, ut jam neque eo veniri possit, neque quidquam adferri ad solutionem, quod nostrum sit? Quid, si itinera ab hostibus interclusa, ut eo commeari non possit? Non debet fraudi esse reo, si non veniat in eum locum, a quo vi majore probibeatur. Et vero impossibilium nulla obligatio est. *L. impossibilium, infr. de reg. jur.* Sed etsi creditoris nihil intersit loco constituto solvi, audiendus est debitor, si alibi creditori sine incommodo ejus offerat. Nec uno modo potest accidere, ut loco constituto solvi creditoris nibil intersit. Finge quem stipulatum esse Ephesi sibi centum dari: quod negotiator esset, solitus ibi merces comparare, quique eo retulerat solutionem, ut ad merces comparandas paratam pecuniam ibi baberet; creditore autem mortuo, bona rediisse ad eos heredes, qui mercaturam non exercerent, neque per se, neque per alium: puta nobiles, aut eos qui in toga Rempub. administrent. Finge creditorem non negotiatorem Ephesi dari stipulatum, quia illic pecuniam debuit, quam pecunia promissa dissolvere cuperet: post autem constare illic debere desiisse. Non debent postulare aut illic heredes aut hic creditor pecuniam Ephesi sibi solvi, ubi id fieri eorum nihil intersit. Malitiosa enim hæc postulatio est, ex qua nihil laturi sint, nisi ut molestiam exhibeant, et officiant reo. Malitiis non est indulgendum. *L. in fundo, supr. de rei vind. L. si cui, supr. de servit.* Tum autem ne per stipulationem quidem id petere conceditur: siquidem inventæ sunt stipulationes, ut unusquisque acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista, §. alteri, infr. de verb. obl.*

6 Proinde † idem dicemus, etsi intersit creditoris loco constituto solvi; aut certe dubitari possit, an intersit: debitor autem id quod interest, una cum sorte alibi offerat; dummodo certam pecuniæ summam exprimat creditor, ad quam usque sua interesse dicat, ut et de ea constet inter contrahentes. Sic enim fit, ut dum id offert debitor, actoris interesse desinat vel ipsius confessione; ut jam nihil baheat, quod quæratur. Sed et boc modo debitor vere totum offert, quod debet. Obsignatione totius pecuniæ debitæ liberatio contingit. *L. obsignatione, C. de solut.* Solum boc videndum est, ut si alibi pecunia offeratur, idoneo loco. *L. mora, in pr. infr. de usur.* Is erit idoneus, ubi creditor accipere possit sine incommodo: puta ubi domicilium babeat, aut ubi pecunia indigeat ad creditoribus dissolvendum, et aliam ibi non babeat. Alioqui creditor juste solutionem recusaverit, nec recusando moram faciet. *L. qui decem, infr. de solut.*

Ad L. ult. Si post moram.

Paulus lib. 4. Quæst.

Si post moram factam, quo minus Capuæ solveretur, quum arbitraria vellet agere, fidejussor acceptus sit ejus actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quæ ex sententia judicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque sorte soluta, velut si Capuæ petatur, arbitrium judicis cesset. Nisi si quis dicat, si judex centum et viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte, quam ex pœna solutum videri: ut supersit petitio ejus, quod excedit sortem, et accedat pœna pro eadem quantitate. Quod non puto admittendum, tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videatur.

SUMMARIA.

1. *Sententia summa hujus L.*
2. *Species facti, quæstio, responsum, pluribus demonstrata.*
3. *His verbis,* videamus ne, *affirmationem non dubitationem significari.*
4. *Fidejussore arbitrariæ actionis nomine accepto, pœna, seu id quod actoris propter locum interest, ab eo debetur in proposito, estque in ejus non solum præstatione, sed etiam obligatione.*
5. *Forma fidejussionis alia, cum fidejussor accipitur stipulationis præcedentis nomine, ut* L. centum; *et cum accipitur nomine arbitrariæ actionis, ut hic in* L. ult.
6. *Accessio ejus quod propter locum interest, est in obligatione fidejussoris, si se arbitrariæ actionis nomine obligavit, tametsi non fuerit accessio in obligatione rei.*
7. *Idem est, et si fidejussor acceptus sit cum ea accessio a reo nondum deberetur.*
8. *Pœna cum dicitur hoc loco non deberi nec esse in obligatione, intelligendum non deberi a reo, nec esse in obligatione rei.*
9. *Pœna quæ dicatur accedere sententia judicis.*
10. *Arbitrium judicis de eo quod interest cessare sorte soluta quid sit.*
11. *Sorte creditori soluta, nullam superesse actionem nec de eo quod actoris propter locum interest: aliter: si sors soluta sit Adjecto.*
12. *Objecto hic posita explicatur.*
13. *Pœna hic vocatur id, quod actoris propter locum interest, et cur.*
14. *Remissio pœnæ non continuo est, etsi creditor sortem acceperit.*
15. *Pœna in proposito remissa et jure et voluntate creditoris, hoc ipso quod sortem creditor accepit: et quare.*
16. *Pecuniam simpliciter qui solvit, in sortem tantum solvere intelligitur, non etiam in pœnam aut accessionem, quæ officio judicis tantum debebatur.*
17. *Pœnæ petitio superest, etiam sorte soluta, si creditor sortem accepit hac lege et testatione, ut sibi salvum esset quod sua interest.*

1 In extremo *L. centum, supr.* dixerat Africanus, sorte quæ Capuæ debebatur, post moram factam soluta, non solum ejus sortis sed etiam ejus quod actoris interest, quod arbitraria actione accedere poterat, petitionem tolli pro portione sortis solutæ: quia præstatio posterioris pecuniæ ea esset, quæ sortis petitioni accederet, committereturque officio judicis ejus actionis. Eandem sententiam Paulus hoc responso statuit: in eaque re una totum versatur. Ac ne videatur otiosum, duo hic adduntur, quæ illic omissa

sunt. Nam et Paulus in ea specie, de qua major dubitatio esse poterat, idem statuit: et ne dubitetur ita esse, additis propriis rationibus, tum objectione quæ contra facere videbatur, remota, eam sententiam confirmat. Docet igitur, adeo verum esse, sorte soluta, tolli petitionem ejus pecuniæ quæ ex sententia judicis in arbitraria actione accedere potest, idest, ejus quod actoris interest, Capuæ solutum esse: ut etiam tunc verum sit, etsi post moram jam a reo factam fidejussor datus sit arbitrariæ actionis nomine, idque tum cum et creditor ea actione experiri vellet. Quam ut summam hic quæstionem, et sententiam Paulo propositam esse statuamus: observetur ad eam probandam cætera referri. Principio enim rationem ponit, ex qua id necessario sequitur. *Ea pecunia*, inquit, *quæ ex sententia judicis accedere potest, nec debetur, nec est in obligatione*. Nempe hinc consequens est, nec eam pecuniam peti posse, nisi principali actione, quæ est de sorte, proinde actione principali sublata (quod sorte soluta contingit) nullam omnino de ea pecunia petitionem superesse. Deinde id, quod contra dici poterat, diluit, negans verum esse, et cur neget, rationem reddens. Omnia ergo, ut dixi, ad unam illam sententiam, quam proposui, referuntur: ut appareat et de ea re una hic quæstionem fuisse.

2 † Species facti, quando ex ea omnis hic quæstio nascitur diligenter spectanda est. Ea breviter initio hic ponitur: commode quidem, et quod ad intelligendum sit satis: obscurius tamen fortassis, quia brevius. Quæ sic explicanda est: Qui centum Capuæ promiserat, transacto tempore, quo perveniri poterat Capuam, moram fecerat, quominus Capuæ solveretur: dum aut Capuæ quæsitus a creditore inventus non est; aut inventus et interpellatus non solvit, juxta *L. sed etsi, in fi. L. mora, in pr. infr. de usur.* Conveniebatur alibi a creditore ut juris est, arbitraria actione: cujus potestas hæc est, ut præter centum Capuæ promissa æstimari deberet, quanti interfuisset actoris, Capuæ potius solvi, (puta interfuisse ad viginti) et reus in tantam summam condemnari. *L. 2. in pr. et §. ult. supr. L. unic. C. ubi conven. qui cer. loc.* Id metuens reus egit cum creditore, ut vellet alicujus temporis moram non moleste ferre: fore pollicens, ut aliquanto post ei solveret: et ut ita futurum sibi certius promitteret, fidejussorem obtulit. Accepit conditionem creditor, ac fidejussor ei datus est. In quo fidejussionis forma observetur. Datus est enim non stipulationis centum Capuæ dari, nomine: non ejus quod ex ea stipulatione deberetur: sed nomine actionis arbitrariæ ejus, qua creditor experiri volebat. Quibus verbis hoc exprimitur, fidejussorem datum esse, qui fide sua esse juberet, quantum reum ea actione arbitrio judicis præstare oporteret: in quo et id quod actoris propter locum interest, contineri traditur in *L. centum, supr.* Hactenus facti species hic exposita. Quæstio omissa est: sed quæ ex responsio subjecto non difficile intelligitur. Ut sunt igitur ea, quæ de sententia hujus loci supra indicavi: quæsitum est, cum post hanc fidejussionem centum creditori soluta essent, atque his ultro acceptis vellet creditor amplius et quod sua interest, consequi, deque eo agere, an posset. Respondet Paulus, eam pecuniam, de qua quæritur, non deberi, nec esse in obligatione: quæ licet præstanda, tamen ex sententia tantum judicis pro arbitrio ipsi commisso accedit. Hic consequens esse, ut *sorte soluta, cesset* et de ea accessione *arbitrium judicis*, idest, amplius ea accessio peti non possit: usque adeo, *ut nunc quoque* id probandum sit, *nunc quoque*, idest, etiam in specie proposita: in qua tamen justissime dubitari potuit: eum de ea pecunia jam ante debita fidejussor sub appellatione actionis arbitrariæ datus esset: ut videri debeat omnimodo et de ea accessione creditori consultum esse debere. Sed nihilominus recte dicitur, etiam nunc id esse probandum. Semper enim verum erit, actione principali sublata, quod fit sortis solutione, etiam arbitrium judicis cessare in ea actione, quæ nulla est. Diceret aliquis potius probandum esse in proposito, ut centum solutis, videri debeat solutum partim ex sorte, partim ex pœna, idest, ex eo quod interest, pro portione sortis solutæ. Quod si verum est: supererit adhuc reliquæ sortis petitio una cum accessione ejus quod interest, ei parti congruente. Ita semper creditor utrumque consequi poterit, tam sortem, quam pœnam, quamvis prius tantum solutum fuerit, quantam sors efficit. Paulus fatetur recte colligi; sed negat verum esse: quia nec illud admittendum sit, quod proponitur, ut quod solutum est, videatur solutum partim in sortem, partim in pœnam; sed totum sit in sortem imputandum: tanto magis, inquit, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videtur. Hæc responsi quæstio, et sententia summa esse mihi videtur. Sed quæ non prius intelligi, aut certo statui potest, quam constiterit de singulis partibus, quam unaquæque et in verbis sen-

tentiam, et in re rationem ac scopum habeat: de quo minime convenit. Et si verum fatendum est, est in singulis, quod non solum attentum, sed etiam in jure admodum exercitatum lectorem atque interpretem remoretur. Quid dico autem remoretur? imo vero ita tenuit, ut nulli magis quam interpretes ipsi eam difficultatem suis sententiis comprobarint: quod Bartolus recte sentiens, de difficultate responsi ingenue initio est professus. Quare recte faciemus, si singulas partes separatim et suo ordine exsequemur.

AIT, VIDEAMUS, NE EA PECUNIA, QUÆ EX SENTENTIA JUDICIS ACCEDERE POTEST, NON DEBEATUR, NEC
3 SIT IN OBLIGATIONE.† Primum hoc jam neminem puto nostra ætate dubitare, quin his verbis, *videamus ne*, res non ponatur in quæstione, sed affirmetur: ut sit sententia, eam pecuniam non deberi, nec esse in obligatione. In quo fefellit superiorum ætatum interpretes consuetudinis Latine loquentium, et præsertim Jurisconsultorum ignorantia. Existimaverunt enim hujusmodi orationes, quia consultantium speciem habere viderentur, esse ad quæstionem proponendam comparatas, non autem affirmativas. Ejusmodi autem inprimis esse hanc, quam hic legimus. Ex quo illis non minima pars difficultatis hujus responsi, quærentibus ubi tandem Paulus respondeat de hac quæstione. Distrahiturque res ridicule in varias sententias, dum aliis responsionem notant in verbis proxime sequentibus, repugnante verborum et orationis significatione; alii non minus inepte in extremo; alii nusquam in verbis responsionem hanc animadvertentes, quæstionem poni, sed indecisam relinqui dicere maluerunt: quod in sano scriptore non est ferendum. Sed res dubitationem habere desiit Latine scientibus, ac præsertim nostra ætate post ea, quæ de hoc genere annotata sunt a Fran. Duareno *Lib. 2. Disputat. Cap. 11.* qui ex usu perpetuo eum nostrorum tum omnium probatorum auctorum recte observavit, his orationibus. *Videamus, ne non ita sit: Videamus ne non sit satis: Videndum, ne sit iniquum.* et similibus, veteres non quæstionem ponere, sed de re controversia respondere solitos: dum significare volunt, non se certam et exploratam sententiam afferre, quam intrepide aliis omnibus opponant, quod est temeritatis et arrogantiæ; sed dicere quod sibi videatur; de quo tamen libenter alios moneant, ut considerent, quo et ipsi pariter verum esse cognoscant: quod est verecundiæ. Respondet ergo his verbis Paulus: perindeque est, ac si ita dixisset: puto eam pecuniam, quæ ex sententia judicis accedere potest, non deberi, nec esse in obligatione. Eam pecuniam intelligit, id quod actoris interest, Capuæ centum promissa solvi. Hæc enim pecunia sententia judicis accedit: nempe ad sortem, dum in eam pecuniam supra sortem reus condemnatur sententia judicis, qui de arbitraria actione cognoscit. *L. 2. in pr. supr. eod.* Sed de verborum usu et significatione, ut dixi, minus jam dubitatur. De sententia ipsa, quam his verbis subesse velimus, ut fuit, sic et nunc est magna et justa dubitatio. Ambigitur enim, utrum his verbis significari velimus, eam pecuniam de qua quæritur, non esse in obligatione etiam fidejussoris; an vero velimus in proposito esse in obligatione fidejussoris, ut sic oratio superior ad fidejussorem non pertineat. Ac quidquid hic dixerimus, haud temere effugiet reprehensionem. Quid enim? dicemus eam accessionem non esse in obligatione fidejussoris? Verba quidem Pauli et speciei de fidejussore propositæ consentaneum facere videbimur: sed sententia ut verbis fidejussionis, sic juri et rationi manifestæ adversatur, ut postea probabitur. Rursum veri retinendi caussa dicemus eam pecuniam esse in obligatione fidejussoris? Jam verbis et menti Pauli aperte refragari dicemus: cujus verba generalia sunt, utriusque obligationem admittentia tam fidejussoris, quam rei principalis: et si quæstionem propositam spectamus, præcipue de fidejussore accipi debere videntur, cum de eo species proposita sit. Atque propter momenta rationum in diversas partes distrahentia utraque pars suos defensores habuit. Ac de eo tres sunt hæ sententiæ. Sunt enim, qui velint eam pecuniam in obligatione fidejussoris non esse: sed hi non unius generis Bartolus namque Joannis sententiam secutus hoc sic accepit: ut intelligeretur ea pecunia non esse ullo modo in obligatione et præstatione fidejussoris, idest, fidejussorem in eam pecuniam omnimodo non teneri, ne officio quidem judicis: motus argumento *L. centum, supr. eod.* ubi fidejussor itidem simpliciter acceptus non tenetur ex mora rei in id quod actoris propter locum interest. Ea autem pecunia est, de qua nunc quæritur. Alii verba retinentes, fatentur eam pecuniam non esse quidem in obligatione fidejussoris, quia vere non est; sed nihilominus fidejussorem volunt in eam pecuniam teneri, quia teneatur officio judicis, idque suaderi *L. quæro, infr. locat.* Azo utramque sententiam repudians statuit contra in specie proposita id quod actoris propter

locum interfuit, sic a fidejussore deberi, ut non teneatur tantum in eam summam officio judicis; sed vere sit ea pecunia in ejus obligatione: quippe qui post moram a reo factam in actionem arbitrariam, qua ea præstatio continebatur, se obligarit. Quid ergo horum sequimur? Alterutrum placeret ex prioribus duobus, si liceret. Sed omnia reclamant, quominus admittamus.
4 ✝ Ac de obligatione fidejussoris in ea pecunia de qua quæritur, in totum sic statuo: non modo in proposito fidejussorem in eam pecuniam teneri; sed etiam si de proprietate verbi obligationis quærimus, eam pecuniam jure ab illo deberi, essque in obligatione fidejussoria: neque id eo ita esse, quia intercessit fidejussor post moram a reo factam, ut Azo sensit; sed idem juris futurum esse, etsi ab initio fidejussor acceptus esset: dum acceptus esset arbitrariæ actionis nomine, quæ de centum Capuæ promissis competeret, ut hic proponitur. Hæc ita esse doceamus.

Ac primum facile illud obtinebimus, verbis nullo modo significari, quod Bartolus eam pecuniam non esse in obligatione, interpretatur: non esse in præstatione fidejussoris, ita ut nec ipse etiam officio judicis in eam pecuniam teneatur; etiam si maxime nominatim de fidejussoris obligatione hic dictum esset. Nam nec id quod actoris interest, est in obligatione rei principalis, quamvis post moram ab ipso factam: accedit enim tantum ad ejus obligationem arbitrio judicis *L. centum, supr. eod.* et tamen reum in eam pecuniam teneri constat. *L. 2. in pr. et §. ult. supr. eod.* Non ergo ex eo, quod diceretur eam pecuniam non esse in obligatione fidejussoris, ullo modo efficeretur fidejussorem in eam pecuniam non teneri. Sed et verbis ipsius Pauli ultro ea sententia rejicitur. Vult enim Paulus postea cessare arbitrium judicis de ea pecunia, idest, fidejussorem amplius in eam pecuniam non teneri, si sors soluta sit. Non debuit dicere, amplius non teneri, si ab initio non tenebatur, ut Bartolus existimat. Nec debuit adjicere hanc conditionem, si sors soluta sit: cum etsi soluta non esset, auctore Bartolo non teneretur. Quæ ut ita non essent in verbis: tamen ipsa per se sententia falsa est in specie proposita: et cum responso *L. quæro. locat.* et similium, tum verbis ipsius fidejussionis non obscure refellitur. Quod sic demonstrari potest. Fidejussor præcedentis contractus nomine, seu in totum contractum præcedentem acceptus, tenetur in ea omnia, quæ continentur natura ejus contractus, seu quæ inde natura contractus a reo præstanda sunt; sive ex obligatione proficiscantur, sive officio judicis præstanda sint; ut sunt usuræ in conductione ex mora rei. *L. quæro. infr. locat. L. fidejussores magistratuum, §. 1. infr. de fidejuss. L. 2. §. ult. infr. de admin. rer. ad civit pertin.* Ergo actionis arbitrariæ nomine acceptus post moram a reo factam de eo quod Capuæ dari debebat: multo magis in ea tenebitur, etiam quæ officio judicis natura et potestate ejus actionis præstanda sunt: quoniam officium judicis proprie circa actionem exercetur, non circa contractum. *L. centum in supr.* Unde dicitur addici judex actioni, non contractui. *L. 4. in fi. supr. eod.* Atqui arbitrariæ actionis de eo quod certo loco dari promissum est, natura et potestate continetur, ut actori alibi agenti præstetur id quod ejus interest, si mora a reo facta sit, quominus pecunia suo loco solveretur. Hæc enim actio utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei, inquit Ulpianus. *L. 2. in pr. supr.* Et quod continet, fit actionis natura, quæ quatenus arbitraria est, natura sua in arbitrium judicis refertur. *L. 3. supr.* Fit, quia æquum est, actoris quoque rationem haberi. Actio autem arbitraria, hoc ipso quod talis est, hanc æquitatem desiderat. *d. L. 4. §. ult. supr.* Proinde fidejussor arbitrariæ actionis nomine acceptus, ut hic factum est, etiam in eam pecuniam tenebitur, in quam reus ex mora sua officio judicis ejus actionis teneretur. Nec ad rem pertinet, quod nondum actor cum reo alibi egit, qua tamen ratione se hic Bartolus tutum putat adversus sententiam *L. quæro, locat.* quasi actione arbitraria adversus reum nondum mota, id quod interest actoris ex persona rei, non esset in officio judicis. Satis est ad fidejussorem in eam pecuniam obligandum ex mora rei, quod actor cum reo agere potuit, et id quod sua interest, ab illo consequi. Non enim obligat se fidejussor in id quod reus præstabit actione arbitraria: sed in id quod ea actione præstare debuit, si cum eo ageretur. Nam et in specie *d. L. quæro,* colonus reus principalis nihil amplius, quam debebat usuras ex mora, si cum eo locati ageretur; necdum eum conactum erat, aut certe actum proponitur. Non eo minus tamen fidejussorem ejus conductionis in eas usuras teneri placet. Atque hinc etiam quam verbis fidejussionis superior sententia adversetur, apparet. Nam si arbitraria actione continetur id quod interest actoris ex mora rei: quis non videt eum qui se obligat arbitrariæ actionis nomine, verbis fidejussionis in eam quoque utilitatem se obligare? quid autem magis repugnans, quam negare eum verbis fidejussionis teneri, qui se in eam quantitatem obligavit? Verum

metuit Bartolus, ne si fidejussorem in proposito in id quod actoris interest ex mora rei teneri dixerimus, contrarium dicamus *L. centum, supr. eod.* Ubi fidejussorem simpliciter acceptum, in eam pecuniam ex mora
5 rei teneri negat, Africanus. † Sed dissimiles sunt utriusque loci fidejussiones, atque in ea dissimilitudine aliud atque aliud jus requirunt. Illic simpliciter dicitur, fidejussorem acceptum esse: ut intelligamus eum acceptum esse in eam caussam, quæ præcesserat. Prius autem Africanus dixerat, creditorem centum Capuæ sibi dari stipulatum. Proinde subjiciens fidejussorem ab eo acceptum, hoc exprimit, acceptum esse in eam stipulationem, quam commemoraverat, seu nomine ejus stipulationis. Hic autem proponitur nominatim fidejussor acceptus esse actionis arbitrariæ nomine, qua actor alibi experiri vellet. Mitto, quod fidejussor acceptus est tunc, cum jam reus moram fecisset, quominus Capuæ solveretur. Hic constat, saltem arbitrariæ actionis nomine acceptum esse. Multum interest, utrum pro reo qui centum Capuæ promiserat, fidejussor acceptus sit nomine stipulationis, seu in stipulationem præcedentem, ut sponderet, quod ex stipulatione deberetur; an vero arbitrariæ actionis nomine, ut sponderet, quod ea actione dari fieri oporteret. Ex stipulatione id quod actoris interest, dari non oportet ullo jure, nec ex obligatione, nec officio judicis, ut probavimus ad *L. centum, in extremo.* Quo fit, ut nec superiore fidejussione in id se obliget fidejussor. Nec potest facto rei teneri in eam rem, in quam se non obligavit. At jam dixi, actione arbitraria eam pecuniam contineri officio judicis. *d. L. centum.* Unde contraria de caussa efficitur, quod supra posui, eum qui se in eam actionem obligat, hoc verbo etiam in id quod interest, se obligare intelligi. Quamobrem et in id tenetur. At enim negat Africanus fidejussoris obligationem ex mora rei augeri, ac nos ita esse accipiendum fatemur, ut videatur augeri, et si quid ob moram rei non ex obligatione, sed officio judicis præstare cogatur. Sed adjiciendum est, si cogatur præstare præter id, in quod se ab initio fidejubendo obligavit. Ut enim scripsi ad *d. L. centum*, qui obligavit se in sortem, et utilitatem actoris ex mora rei, utrumque si præstet, huic non augetur obligatio, sed qualis ab initio fuit, talis ei servatur. Effectum est autem, eum fidejussorem, qui arbitrariæ actionis nomine intercedit, in utramque rem se obligare.

Etsi autem satis est ad cogendum fidejussorem, si dicatur vel officio judicis teneri ad præstandum id quod actoris interest, de quo dictum est: ut non sit necesse majorem obligationem hic quærere: tamen ne quia sit dubitatio, quasi fidejussor verbis quidem in eam accessionem se obligarit, at jure obligare se non potuerit; † doceamus et hoc secundo 6
loco, ita eum superioribus verbis se obligasse, ut sit hæc quoque accessio jure in illius obligatione, ut recte Azo sensit. Atqui hoc plane superioribus consequens est. Si is qui arbitrariæ actionis nomine fidem suam interposuit, etiam de eo quod actoris ex mora rei interest, his verbis spondere intelligitur: quid superest, nisi ut in eam quoque pecuniam jure civili ex stipulatione obligetur? ut et de usuris ex mora rei debitis, ante respondi, ad *L. centum. supr.* adversus eum fidejussorem, qui se in conductionem, et per hanc in eas usuras vi ipsa obligasset. Nam ex stipulatione jure civili obligationem et actionem esse constat de omni eo, quod verbis stipulationis comprehensum est. *Inst. de ver. obl. in pr. §. de constitut. Inst. de act. L. quidquid, infr. de ver. ob.* Non enim metuo, ne quis cum fidejussorem in eas accessiones se obligasse et jure obligatum esse concesserit, easdem esse neget in ejus obligatione; cum nihil aliud sit, obligatum esse in rem aliquam, quam obligatione ejus rei teneri: seu teneri obligatione, in qua ea res contineatur, atque inde præstari debeat: similiter ut dicimus aliquid in legato esse, quod legatum est, et ex ea caussa ab herede debetur, *L. 1. §. item si, infr. ad L. Fal.* Tantum hoc videndum est, ne ei obligationi forma juris adversetur. In quo quidam consistunt, et ideo responderi ajunt, hæc non esse in obligatione fidejussoria: non quod de his fidejussor non spondeat, sed quod etsi spondeat, tamen jure non obligetur: quia nec sint in obligatione principali: nec possit fidejussoris durior esse conditio. Sed quod ante de usuris respondi ad *L. centum, supr.* idem et de accessione ejus quod actoris interest, hoc loco dicendum est. Non si id quod interest actoris Capuæ solvi, ex mora rei ab ipso non ita debetur, ut sit in ejus obligatione, sed arbitrio tantum judicis accedat: ideo fidejussor de ea accessione spondendo jure obligationis non tenetur. Non est ea utilitas in obligatione rei, quia is de eo nihil promisit: est in obligatione fidejussoris, quia stipulatione in eam se obligavit. Neque vero hoc modo efficitur fidejussoris conditio deterior. Re enim vera tantundem reos præstare actione arbitraria debuit. Non debuit quidem eodem modo, eodemque jure, ut qui teneatur tantum officio

judicis. Sed non facit ea res duriorem conditionem fidejussoris, aut impedit ejus obligationem: cum ad parem conditionem aut obligationem fidejussoris constituendam non spectetur, an fidejussor pleniore nexu obligetur; sed ne in re amplius præstet, quam reum suo modo, suoque jure præstare oporteret. Argumento esse potest naturalis obligatio: ex qua cum reus nec jure civili debeat, nec quidquam adeo præstare cogatur: recte tamen ei obligationi accedit fidejussor, qui et obligetur jure, et præstare quod naturaliter debetur, necesse habeat. *L. fidejussor. infr. de fidejussor.* Ut ergo verbis stipulationis fidejussoriæ, ita jure evenit, ut in id quod actoris interest, ex mora rei obligetur fidejussor, qui aut in actionem arbitrariam, qua de eo quod certo loco dari promissum est, aut ejus actionis nomine se obligavit.

Sed hoc in specie hic proposita admisit Azo: quia mora jam a reo facta, fidejussor acceptus erat arbitrariæ actionis nomine: quo tempore jam reus in id quod actoris interest,
7 arbitraria actione teneri cœperat. † Ego autem plus dico, consequens esse superioribus, fidejussorem semper teneri in istam accessionem ejus actionis propriam, in eamque ipsam sponsione sua obligari, si datus sit nominatim ejus actionis nomine, quantumvis ab initio, et nondum mora a reo facta datus sit. Actionis enim arbitrariæ verbo continetur hæc ipsa accessio sub conditione, si mora a reo facta erit, quominus Capuæ solveretur. Quapropter quandoque mora ab eo facta, et eo modo conditione stipulationis impleta, tam tenebitur in eam accessionem, quam si stipulatio de ea ipsa accessione jam debita pure ab initio facta esset. Hæc enim vis est conditionalis stipulationis, atque adeo conditionis omnis. *L. a Titio. infr. de verb. obl. L. si pupillus. infr. de cond. inst.* Sed verba Pauli nobis opponuntur: *ea pecunia*, inquit, *quæ ex sententia judicis accedere potest, non debetur, nec est in obligatione.* Non dixit, non deberi a reo principali, nec esse in ejus rei obligatione: sed generaliter non deberi, nec esse in obligatione. Unde intelligendum est, hoc eum dicere, in neutrius esse obligatione tum rei, tum fidejussoris. Arg. in *L. 9. §. 1. supr. quod met. caus. L. item veniunt, §. a quo, supr. de pet. her.* in primis autem fidejussoris, quia de eo quæstio posita videtur Hic est scopulus, qui tenuit alios: quem Azo dum vera sententia vitare conatur, bue delatus est, ut cum aliis quidem diceret, his verbis: *videamus ne ea pecunia non debeatur, nec sit in obligatione*, quæstionem poni. non etiam id affirmari: sed hoc amplius adjiceret, ad eam quæstionem nihil a Paulo responderi. Quo responso objectionem non sustulit, sed maxime auxit. Nam et Paulum hic proferre sententiam suam supra diximus: et si affirmanter non loqueretur; tamen in ullo sano scriptore ferendum non esset, ut diceretur ponere quæstionem, de qua nihil responderet Ut mirum non sit, si alii, cum in hac responsione nihil probabile viderent, nec quidquam aliud ad defensionem superioris sententiæ ab auctore afferretur: repudiata ratione, quod merito factum est, una etiam et sententiam rejecerint. † Ego vero, qui 8
Paulum non postea id probare, sed hoc ipso in loco eam sententiam affirmanter ponere didici et statuo: idem ajo, in his ipsis verbis eum de obligatione rei principalis loqui, non de fidejussoria: idque ipsum ex ipsa conceptione verborum constare. Generalia verba si essent: tamen mente aucturis cognita, ad eam speciem traducenda essent, de qua scriptorem sensisse constaret: soletque mens ex eo colligi, si dicatur aliis in rebus oratio vitio non carere. *L. in ambigua. supr. de legib.* Ac quid vitii in eo sit, si definitionem de fidejussoris obligatione accipiamus, ex iis quæ disserui, intellectum est. Sed nego esse generalia: nego denique ad fidejussorem pertinere. Generalia essent, si diceret eam pecuniam, quæ ultra sortem accedere potest, non deberi: sed addidit circumscriptionem, ut diceret: *quæ accedere potest ex sententia judicis.* † Hac adjectione aperte designatur 9
pecunia a reo prupter moram debita: non quæ debeatur a fidejussore ex mora rei. Nam quæ debetur a reo ob moram hæc vere accedit sententia judicis, idest. arbitriu, et officio judicis: non enim proficiscitur ex obligatione, cum reus se in eam verbis stipulationis non obligarit. At quæ debetur, præstaturque a fidejussore ex mora rei, hæc accedit quidem ad sortem; verum non sententia judicis citra obligationem, sed ex ipsa obligatione: quia fidejubendo in eam pecuniam se obligavit: ac sine ea obligatione nihil posset sententia judicis ad eum damnandum ex facto re', ubi ipse nihil fecisset. De rei ergo principalis obligatione definitio Pauli et concepta et intelligenda est, non de obligatione fidejussoria. Sed et Paulum de hac non sentire manifestius fiet ex reliquo responso. Etenim si intelligit, eam pecuniam ita non esse in obligatione fidejussoris, ut nec fidejussor in eam teneatur: falsum est, quod ait, sorte soluta cessare arbitrium judicis de pœna: eum et ante sortem solutam de ea pecunia adversus fidejussorem nullum fuerit arbitrium judicis. Quod si intelligit, eam pecu-

niam ita non esse in ejus obligatione, ut non sit principaliter, aut ex obligatione principali, et tamen in eam teneatur officio judicis: inepta quæstio introducitur de verbis potius, quam de re, id est, de ejus pecuniæ præstatione: eum si officio judicis fidejussor tenetur, satis sit ad eam necessitatem præstandi, quam quærimus. Sed species facti nobis adversatur. Hæc de fidejussore actionis arbitrariæ nomine dato posita est, et quidem sub conditione refertur, quasi hinc responsum pendeat. Quid ad rem responsum, si de reo respondetur, non de fidejussore? Jam monui initio apparere ex iis, quæ sequuntur, quæstionem summam hic fuisse, utrum, sorte Capuæ promissa soluta, peti adhuc possit id quod actoris interest, suo tempore Capuæ solutum fuisse. De eo responsurus Paulus præmisit de obligatione rei principalis in ea pecunia præstanda: quoniam ex eo pendebat, quod de quæstione proposita responderet. Subjicit enim, *sorte soluta*, in proposito *arbitrium judicis cessare;* significans, eam pecuniam amplius peti non posse. Quod quidem efficitur ex eo, quod si hæc pecunia non est in obligatione, et tamen præstanda est: arbitrio tantum judicis debetur. Ut dicendum sit, arbitrio hoc sublato, nullam petitionem ejus pecuniæ superesse. At enim hoc dici poterat, etsi fidejussor a debitore datus non esset. Quid ergo attinebat ad eam quæstionem de fidejussore dato proponere? Duæ caussæ fuerunt. Primum quia pertinebat ad augendam dubitationem etiam in reo: deinde, quia etsi in fidejussoris persona idem quæreretur, quæstio absoluta esse potuit, etsi de solo reo responderet. Dico, quod fidejussor a reo datus est, et datus est tunc, cum jam reus moram fecisset, eoque et actione arbitraria teneri cœpisset in id quod actoris interest: totum hoc facere ad justam dubitationem, an non quamvis sorte postea a reo soluta, tamen debeat in reliquam accessionem teneri. Quidni enim videatur in eam pecuniam fidejussorem non frustra dedisse, sed potius hoc facto ita confirmasse illam præstationem, ut sorte soluta, totius accessionis petitio superesset? et maxime hoc existimari potuit adversus fidejussorem; quippe qui in eam pecuniam se obligavit. Hoc ergo voluit Paulus intelligi, ne hæc quidem efficere, quominus recte respondeatur, etiam in proposito sorte soluta, de ea pecunia arbitrium judicis cessare. Idque se sentire satis aperte indicat, cum ait, id se probare *nunc quoque*. Non enim aliud significant hæc verba *nunc quoque*, quam in specie proposita, ac non tantum in aliis, ubi non similiter fidejussor datus est. Et recte hic quoque idem probat: quia fidejussor accedit obligationis confirmandæ et magis cavendæ caussa, non etiam augendæ aut mutandæ. *Inst. de fidejussor, in pr. L. 4. §. si ex conventione, infr. de re jud.* Proinde ut ante fidejussorem datum id quod interest non debebatur a reo, nec fuit in obligatione: sic nec fidejussore dato, ea præstatio in obligatione esse incipiet; sed, ut ante, officio tantum judicis debebitur. Unde recte colligitur, nunc quoque sorte soluta arbitrium judicis de ea pecunia cessare. At hoc posito, propter eam fidejussionem non magis eam pecuniam esse in obligatione rei principalis: una etiam respondetur et de fidejussore: ut quamvis in fidejussoris persona hoc idem hoc loco quæsitum fuisse quis existimet, quod propter speciem de fidejussore positam, probabile est; tamen superiore responso atque interpretatione hoc idem explicetur. Consequens enim est, non eam pecuniam non esse in fidejussoria obligatione; sed non esse ita, quin quomodo reus principalis sorte soluta liberatur præstatione ejus quod actoris interest: sic liberetur et fidejussor, sive ipse eam solverit, sive reus principalis: quia liberato reo fidejussor teneri non possit. *L. in omnibus, infr. de solut. L. ex persona, infr. de fidejussor.*

AIT, ADEO UT NUNC QUOQUE SORTE SOLUTA. Sensus est: adeo ea pecunia quam dixi, idest, id quod interest actoris, non est in obligatione rei principalis, quamvis mora ab eo facta, ut non solum non sit in aliis caussis: sed ne nunc quidem, idest, ne in hac specie quidem, ubi et fidejussor acceptus est, et acceptus tunc, cum jam arbitraria actione ea pecunia deberetur. Unde fit, ut nunc quoque si sors soluta sit, arbitrium judicis cesset. Intellige de ea pecunia, de qua nunc quæritur. Nam et ait, id arbitrium cessare tunc, cum Capuæ petetur, idest, agetur. Quod non de alia pecunia accipi potest, quam ejus quod utriusque interest. Capuæ enim ipsam sortem peti posse constat: sed hanc solam, nec amplius quid. *L. 4. supr. eod.* † Arbitrium judicis de ea pecunia cessare sic 10
accipiemus: sorte soluta ejus pecuniæ actionem nullam superesse. Ea enim accessio si quomodo debetur et peti potest: debetur tantum et peti potest officio et arbitrio judicis. *L. centum, sup. eod.* Ita fit, ut sublato hoc arbitrio quo petitio nitebatur, simul quoque ejus pecuniæ petitio tollatur. † Sic 11
autem fit jure, ut sorte soluta, de eo quod actoris propter locum interest, esset arbitrium judicis. Hoc enim arbitrium de ea

pecunia actionis sortis accessio est: eum una sit obligatio sortis Capuæ promissæ, ac circa hujus exsecutionem, id est, actionem, ejus quod interest ratio arbitrio judicis committatur, *d. L. centum, supr.* Porro sorte soluta, ea obligatio et actio tollitur. *Inst. quib. mod. tol. obl. in pr.* Ergo et arbitrium judicis: nempe accessio. quæ nulla esse potest, caussa principali sublata, cui accedat *L. cum principalis, infr. de reg. jur.* Hoc loco objicitur *L.* 2. §. *idem Julianus, sup. eod.* Ubi sorte soluta, placet peti adhuc posse id quod interest, id ipsum de quo nunc agitur. Sed ut ibi pluribus diximus, nec sors eo loco pro soluta habetur. Soluta est enim Titio adjecto, id est, alii, quam creditori, idque ignorante creditore et contra formam stipulationis. Ideo at sortis adhuc actio manet, qua et experiri licet: atque hac instituta, est actio, circa quam ad ejus quod interest præstationem recte officium et arbitrium judicis exerceatur. Et quod illic dicitur, solum peti id quod interest; ad effectum petitionis, non ad jus petendi referendum est: quia creditor nisi de sorte, et eo quod sua interest, actionem recte intendit: tamen nihil amplius consequitur, quam id quod interest, cum videatur jam per Adjectum sortem solutam accepisse. Ita totius utriusque summæ petitio superest, quia sine ea nec accessio ejusquod interest, consisteret, sed petitio ad hoc solum proficit, ut creditor, quod solutioni deerat, solum consequatur. Hoc autem loco pecunia recte soluta est, quia soluta creditori, ut in extremo dicitur. Quæ solutio debitorem liberat. *d. Tit. quib. mod. tol. obl. in pr.* Addit Paulus, *vel si Capuæ petatur:* sic Pand. Florentinæ. Et verum est, si Capuæ petatur, ipsam solam sortem peti: ejus autem quod alterutrius intersit, rationem non haberi; quia ibi non sit actio arbitraria. *L.* 4. *supr. eod.* ut utrobique pariter arbitrium judicis cesset de eo quod interest, et cum sors soluta est, et cum in loco constituto agitur. Sed rectius videtur, quod in aliis exemplaribus legitur: *veluti si Capuæ petatur:* ut dicat in specie proposita si sors soluta sit, similiter cessare arbitrium judicis, ut cessaret, si Capuæ ageretur: quo casu cessare constat. Nam ut sine comparatione diceret hoc arbitrium cessare, si Capuæ agatur, et adjiceret id fieri nunc quoque, id est, etiam in specie proposita, supervacuum fuit: cum constaret neque hoc, neque ullo alio casu arbitraria actione agi, cum loco constituto agitur. *d. L.* 4. *supr.* Malim igitur ita legi, ne quid vitii in oratione notetur. In re quidem, utro modo legamus, nihil interest.

AIT. NISI SI QUIS DICAT. † Objectio 12 est, qua dici posse ostendit, verum non esse, sorte soluta, seu tanta pecunia, quanta sortem efficit, amitti præstationem ejus quod interest. Argumentum autem, si summam complecti volumus, est hujusmodi: Cum tanta pecunia soluta est, quanta est sors; ea pecunia, inquit, ex universitate, id est, ex universa summa sortis et pœnæ, quæ initio præstari debuerunt, videtur soluta tam ex sorte, quam ex pœna; id est, imputatur partim in sortem, partim in id quod proportione ejus summæ solutæ actoris interest. Ut si centum promissis Capuæ, post moram a reo factam intersit actoris ad viginti sortem Capuæ solutam fuisse, ac reus postea centum solvat ea videbuntur soluta partim in sortem, partim in id quod interest. At cum hoc fit, superest residuæ summæ sortis petitio, cui deinde accedet arbitrium judicis de reliqua parte ejus quod interest proportione: atque hoc modo semper consequitur creditor et sortem, et totum id quod interest. Non ergo verum est; tanta pecunia creditori soluta, quanta sortem efficit, amitti præstationem ejus quod interest quod ex superiore sententia semper salvum futurum est creditori. † Ubi 13 observandum est, pœnam a Paulo vocari in proposito id quod acturis interest, quia quod id præstatur a reo, moræ ejus pœna est; cum sine mora adversus eum non æstimaretur. *L.* 2. §. *ult. supr.* Pœna est autem, quidquid alicujus delicti coercendi caussa infligitur; *L. aliud est fraus, infr. de verb. sig.* qua ratione et usuræ ex mora promissæ pœna dicuntur. *L. lecta, supr. si cert. pet.* Propositionem Joannes sic explicavit exemplo: finge centum Capuæ promissa, quæ summa sors est: pœnæ nomine accedere viginti: sic deinde centum solvi. Ex suprascripta sententia sic res transigetur, ut in sortem imputentur LXXXIII. solidi, et IV. denarii, solidi triens: in pœnam autem XVI. solidi, et VIII. denarii, solidi bes. Optime. Nam hæ duæ summæ conjunctæ centum efficiunt: separatæ autem inter se respondent pro ea proportione, qua respondent inter se centum et viginti. Ut enim centum superant viginti quintuplo (nam quinquies viginti centum efficiunt) ita summa LXXXIII. solidorum, et IV. denariorum quintuplo major est summa XVI. solidorum, et VIII. denariorum. Quod ita quis deprehendet, si pro singulis quinis, quæ sunt in priore summa, unus solidus computetur in pœnam. Reperiet enim in priore summa inesse decies sexies quinos solidos, et præterea tres cum quatuor denariis. Ratione ita

subducta, apparet ex sorte adhuc superesse XVI. solidos, et VIII. denarios solvendos: qui quia debentur, adhuc peti possunt: id est, quod Paulus ait, superesse petitionem ejus, quod excedit sortem: intellige enim sortem ante solutam: id autem quod excedit, est illa summa sortis reliqua, quam dixi. Quæ si petetur, accedet etiam, inquit, pœna pro eadem quantitate, id est, pro rata portione: nempe III. solidi et IV. denarii, qui restabant ex pœna. Quæ summa si superiori pœnæ adjicitur, XX. pœnæ nomine efficiuntur. Separata autem summæ posteriori sortis respondet eadem proportione, qua superiores duas inter se affectas esse diximus. Ex quibus perspicuum fit, quod assumpsi, si ratio ita ineatur, semper creditorem et sortem et pœnam consequi. Ad hæc Paulus: QUOD NON PUTO ADMITTENDUM. *Quod*, particula refert ea quæ præcedunt. Prius autem dixerat ex objicientium sententia pecunia solutam non imputari solum in sortem, sed pro parte tantum, et ideo superesse petitionem reliquæ sortis, cui accedat pœna pro eadem quantitatem. Ergo his verbis, *Quod non puto*, hoc dicere intelligitur, putare se centum soluta in sortem tantum imputari: proinde ut ex sorte, sic ex pœna nihil superesse, quod amplius peti possit. Reddit rationem eo spectantem, ut probetur ea solutione sublatam persecutionem pœnæ, seu ejus quod actoris præter sortem interest.

TANTO MAGIS, inquit, QUOD CREDITOR ACCIPIENDO PECUNIAM, ETIAM REMISISSE POENAM VIDETUR. Quæ
14 ratio in primis animadvertenda est. † Ac principio cavendum, ne hoc generaliter dictum accipiamus, quasi omnis creditor, cui sors et pœna debetur, sortem accipiendo, videatur pœnam remisisse: quod falsum est. Exemplo hæc sunt: ei qui sortem Calendis dari, el nisi sua die data esset, usuras stipulatus est, et sors debetur, et pœna. Nam hic usuræ pœnæ nomine præstantur ob moram. *L. lecta, supr. si cer. pet.* ut et hic id quod interest ex mora, unde et pœna nominatur. Neque tamen si creditor sortem acceperit, usurarum præteritarum petitionem amittit. *L. centum, supr. eod.* Item domino, cui res surrepta est, ex eodem facto et res furtiva, aut ejus æstimatio, tanquam sors debetur condictione furtiva: et pœna dupli aut quadrupli actione furti. Constat tamen si res, aut rei æstimatio restituta erit, non eo magis pœnæ petitionem consumi. *L. si pro. §. 1. supr. de cond. fur.* Et cur qui duarum rerum actionem habet, unam remittendo alteram remittere videretur? Imo vero ideo manet altera, quia unam tantum remisit. Idque ita placuit de omnibus his, qui duo jura habentes, unum tantum ex his remiserunt. *L. si mihi, supr. de servit. rust. præd. L. si domus, sup. de servit. rust. præd.* Non ergo in universum vere dici potest, creditorem accipiendo pecuniam, atque adeo sortem ipsam, videri ea acceptione etiam pœnam remittere. Neque vero id Paulus dicit. Sed ut prius creditorem intellexit eum, cui sors Capuæ promissa erat: pœnam dixit non quamlibet, sed eam, de qua in proposito agebatur, idest, id quod actoris interest, sortem Capuæ solutam non esse, eamque bis hoc sensu nominavit: sic et in ratione ad eam speciem et quæstionem accommodata, creditoris et pœnæ verbo eundem illum creditorem, eandem illam pœnam, de quibus quæstio est, dicere intelligitur, ut est lex et ratio omnis justæ interpretationis. *L. si plurium, §. ult. infr. de legat. 1.* Estque hæc sententia, quasi ita scripsisset: tanto magis, quod creditor in proposito pecuniam accipiendo, etiam videtur remisisse pœnam: nempe eam, de qua nunc quæritur, et quam jam bis pœnam appellavit: idest, id quod in proposita specie actoris interest: de quo ambigitur, an ejus petitio nunc quoque sublata sit, sorte soluta. † Hanc, inquam, pœnam remisisse creditor 15 videtur, sortem accipiendo. Sed cur hanc pœnam potius, quam alias? quia aliæ, quas commemoravi, debentur per se, et sunt in obligatione: ut sortis actione sublata, nihilominus et pœnæ petitio quæ prius erat, ac per se subsistebat, etiam nunc supersit, et per se constet. At ea de qua hic agitur, non est in obligatione; sed ejus æstimatio accedit petitioni sortis, ut hic dicitur et in *d. L. centum, supr. eod.* Quo fit, ut principali actione sublata, non sit accessioni locus. *L. cum principalis, infr. de reg. jur.* Sed ex hac re incidimus in hoc incommodum. Ista enim ratione efficitur, ut pœna hic tollatur necessitate juris, non autem voluntate creditoris remittatur, ut Paulus loquitur. Imo et necessitate juris tollitur, ut et nihilominus recte dicitur voluntate creditoris remitti; quoniam qui admittit antecedens, etiam quæ consequentia sunt admittit. Ubi hæc illo posito sequi necesse est: et e converso. *L. illud. infr. de acq. her. L. 1. §. 1. infr. si ususfr. pet. L. 3. §. qui habet, supr. de ser. rust. præd.* At sortis solutioni necessario jure adjuncta est accessionis liberatio: qualis est pœnæ, de qua hic quæritur. *d. L. cum principalis, de reg.*

jur. Arg. *L. in omnibus, infr. de sol.* Itaque qui pecuniam accipiendo, solutionem sortis admisit, una etiam et pœnam voluntate sua remisisse intelligitur. At rursum hoc modo incurrit ratio Pauli in novam reprehensionem. Si enim in proposito remissionis pœnæ caussa in eo est, quod pecunia accepta et sorte soluta pœnæ accessio manere non potest: sumet hoc Paulus pro ratione, ut dicat pecuniam hic a creditore acceptam in sortem totam imputari. Atqui de eo prius ambigebatur: ut necesse sit, rationem esse ex genere earum, quæ principium petunt, idest, pro confirmatione sumunt id, quod erat in controversia: eoque vitiosam et ineptam. Et sane esset hujusmodi, si jus de pecunia in sortem imputanda incertum putaret Paulus, ut de eo probari oporteret. Sed observandum est, Paulum id sumere pro confesso, et innuere ejus rei aliam esse rationem certam minimeque dubiam, quam proinde non exprimat. Non enim dicit se superius non putare admittendum, quia creditor pecuniam accipiendo pœnam remiserit; sed id se putare, tanto magis, quod creditor, et quæ sequuntur. Hæc verba, *tanto magis*, aperte declarant, intelligere eum aliam sententiæ suæ esse rationem, quam idea non exprimat, quia non sit necesse: id est, quia res sit explorati juris; sed si hæc accesserit, quæ sequitur: tanto magis id probandum. Idque ita habet: atque
16 hæc illa ratio est. † Cum enim qui ex pluribus caussis debet, pecuniam solvit, ex ea caussa solvisse videtur, ex qua tunc cum solvebat, compelli potuit ad solutionem. *L. cum ex pluribus*, 103. *infr. de sol.* et quod idem est, in graviorem caussam, et quæ reum arctius oneret. *L.* 3. *eod.* Idque non dubia voluntatis debitoris conjectura efficitur. Ipsius enim interest id ita accipi, ne pecunia in eam caussam imputetur, ex qua exigi ab eo non potuit, atque ita illi perierit. Ergo et in hac specie qui in sortem et pœnam tenebatur, si pecuniam solverit, in sortem tantum solvisse videbitur, non id quod interest: quia ad illius solutionem compelli potuit: ad hoc propria actione non potuit, cum non fuerit in obligatione. Hoc si voluntate debitoris fit, et juris certi est; multo magis idem probandum erit, si creditor ultro et sine ulla testatione pecuniam acceperit. Primum quia ita accipiendo, voluntatem debitoris sequitur: cum in aliud solutum constituere non possit, quam in id quod debitori expedit. *L.* 1. *et L.* 3. *infr. de solut.* Deinde quia si hac acceptione remittit accessionem ejus quod interest, id eo tolerabilius est, quod remittit pœnam. Facilior autem, et propensior interpretatio esse debet ad pœnas minuendas. *L. pen. infr. de pœn. Arg. in L. cum quidam. infr. de lib. et postum.* Si serte soluta, tollitur petitio totius ejus quod interest, cum creditori ipsi solvitur, ut hactenus effectum est: par est, ut soluta sortis parte, eodem modo pro ea parte cesset arbitrium judicis de eo, quod pro ea parte actoris interest. Quod Africanus scripsit in extremo. *L. centum, supr. eod.* Ut quæ de tota sorte hic dicimus, eadem et de parte pro proportione intelligantur. *L. quæ de tota, supr. de rei vind.* † In utroque autem 17
probo sententiam Bartoli ut quod hic dicitur, cum creditor sortem accepit, tolli petitionem ejus quod interest; locum habeat in re dubia, cum creditor pecuniam simpliciter et nihil testatus accepit. Cæterum etiam sorte soluta tunc supersit creditori petitio ejus quod interest, cum is sortem accepit ea lege, eaque testatione, ut sibi salvum esset, quod sua interest. Ex hac enim conventione aut non videtur sors soluta: et ita vetus actio adhuc superest, qua id quod interest, petatur, ut fit in *L.* 2. §. *idem Julianus, supr.* Aut si sortem solutam esse dicimus: creditori dabitur actio præscriptis verbis in id quod ejus interest. Negotium enim civile gessit, cum liberavit debitorem suum ea lege, ut vicissim ille id quod interest, postea adjiceret. Unde præscriptis verbis actio. *L. ob eam, infr. de præscript. verb.* Nam et debitor cum ea lege apud creditorem pecuniam esse patitur, hoc ipso in eam legem consentire intelligitur: cum si alio nomine pecuniam exsolutam vellet, liberum ei esset in re agenda pecuniam hac lege non dare. *L.* 2. *infr. de solut.*

CLARISSIMIS VIRIS

RECTORI, SENATUIQUE ACADEMIÆ HEIDELBERGENSIS

HUGO DONELLUS S.

Qui mihi primus publice apud vos dicendi aditus fuit, disserueram nuper vobis audientibus, clarissimi viri, ut tunc occasio ferebat, de ea specie juris, quæ implicitam haberet de contractibus incertis, et præscriptis verbis actione quæstionem. Ego, qui scirem, et cujus generis haberetur ea quæstio, et quinam essetis, apud quos de ea dictum esset, et quis ego, qui disseruissem, admonitus sum sæpe et superiore illa disputatione et recordatione honorificæ præsentiæ vestræ, et inprimis officio, quod mihi erga dignitatem vestram perpetuum esse debere decrevi, ut de toto eo genere diligentius cogitarem, videremque, numquid melius, et accuratius in lucem proferri posset, quo ut in cæteris cupio omnibus, sic in hac re maxime, quæ quodammodo judicii vestri propria facta esset, officium meum, et opera vobis probaretur. Quæstio ipsa ut obscura et difficilis, ita doctissimorum hominum nobilitata disputationibus, non indigna videbatur talium virorum judiciis. Vos ejusmodi, quibus ut est rerum summa cognitio, et ea doctrina, a qua homines docti appellantur, non temere in literis et artibus quidvis pro vero et recto, quod non sit, obtrudatur: tum autem ea dignitate et auctoritate præditi, ut, si quid quibus hoc loco probandum sit in literis, soli sitis, ad quos hoc omne judicium maximo merito vestro deferatur. Ego autem quis? non dicam, qui in senatum vestrum amplissimum summis voluntatibus vestris expetitus, et allectus sim (quod tamen beneficium apud me tale est, ut perpetuo mihi felix ille, et faustus futurus sit dies, quo in talium virorum ordine, et senatu numerari contigit) sed is, qui aliis in rebus plurimis et maximis beneficiis vestris affectus atque ornatus sim, in omnibus autem ea voluntate vestra et judicio ubique usus, ut omnes caussas habere mihi videar, cur me et mea vobis sine exceptione deferre et probare studeam. Hæc me igitur cogitatio hoc tempore impulit potissimum, ut illam, quam dixi, curam susciperem de toto illo genere paulo diligentius et disserendi et scribendi, quod et a me factum est. Itaque quantum per ferias superiores licuit,

repetita, ut potui, eorum memoria, quæ mihi olim de hac quæstione probata et disputata erant, confeci, quod mihi ad eam explicationem satis esse videbatur. Ea est opera, vel disputatiuncula verius: quam quibus ego deferam, nisi vobis, quibus se potissimum probari contendit, et quibus debetur? Vellem, clarissimi viri, si quid mihi unquam vobis ad significationem summæ voluntatis atque officii offerre daretur, majus aliquid, et præstantius esse posset. Cupio enim ab omnibus intelligi, non solum quanti vos tales viros, id est, summos, et omni literarum, doctrinæ, virtutis genere excellentes faciam: sed etiam quantum vobis debeam, et quam cupiam, si minus referre, at certe habere pro dignitate gratiam, si liceat. Quorum utrumque quia de rebus amplis et magnis est, nisi luculenta aliqua, et magna re satis testari non possum. Quantum vero sit hoc, quod nunc offertur, et scio ipse, et me tacente res ipsa loquitur. Sed ignoscetis. Vicit enim singularis illa, et constans cum humanitas, tum voluntas et liberalitas in me vestra: qua hospitem afflictis rebus pene plus, quam fratrem tot modis et publice et privatim prolixe prosecuti, sic mihi ad omnem voluntatis testificationem animum incendistis: ut retineri non possit diutius, quin aliqua parte se obstendat, si non potest majore in re. Quando ita Deo soli sapienti, et optimo patri visum est, ut salvi quidem, verum omnibus bonis, et maxime consuetis præsidiis studiorum orbati ex illo nimium omnibus exteris noto, et nec nominando incendio superessemus. At putavit se hac re posse, etsi non tam exigua, quam propemodum nulla. Hac uti maluit, quam longiore silentio usus non satis memoris et grati culpam subire. Tantum ne ex genere aut magnitudine muneris de animo judicium fiat, neve quisquam etiam ex eo beneficia vestra metiatur. Quod ne fiat, non tantum deleam prius ex omni memoria totam hanc commentationem, sed nec quidquam etiam patiar unquam meum inter homines numerari. Quamquam nihil est quod invitum partum, aut retineam apud me, aut alio transferam. Ipse hic labor a vobis, prope dicam, natus exigere videtur, ut ad auctores suos, et quasi ad alteros quosdam parentes suos redeat. Nam quomodo aliter eos appellem nescio, quorum post illustrissimum principem maxime beneficiis et hunc fœtum, et quidquid hic usque adhuc meum est, excitatum et eductum vere possum profiteri. Accipietis igitur a me non jam dico munus, sed beneficiorum vestrorum primitias qualescumque, testes, non ullius facultatis, nisi forte hoc testabuntur, nullam in nobis ad remunerandum facultatem esse; sed egregiæ voluntatis, qua dum vobis obsequor, et gratum animum probari volo, nulli unquam mortalium concedam. Bene valete.

Heidelbergæ Calendis Septembris, Anno M. D. LXXII.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM DIGESTORUM, DE PRÆSCRIPTIS VERBIS, ET IN FACTUM ACTIONIBUS.

CAP. I.

SUMMARIUM.

1. *Quæ hujus tractationis ratio et occasio; ejus summa, et argumentum.*

1 Magna ratio est, cur de præscriptis verbis et in factum actionibus scribam hoc tempore atque hoc loco: sententiam maxime persecutus ejus tituli, qui in Pandectis exstat, hac ipsa inscriptione. Etsi enim occasio illa, de qua superiore epistola sum præfatus, ad hanc curam satis videri potuit: tamen ut sunt ea, quæ mihi antecesserunt, ipsa res me ut facerem, multo magis debuit invitare. Scripsi anno superiore in titulos Codicis. *de pactis*, et *de transactionibus*, nec tam in illos titulos, quam disputatio illa huc spectavit, ut vis pactorum a nobis explicaretur. Porro sic quæstio de actione præscriptis verbis, sic totius illius tituli tractatio ad quæstionem de pactis pertinet, ut nequeat separari. Non enim ita pertinet, quasi quæ genere disiuncta, tamen ad partem aliquam de pactis melius intelligendam conducat; sed tanquam quæ sit ex media quæstione de pactis, atque adeo optimam ejus quæstionis partem contineat. In titulo *de pactis*, de vi pactorum quæritur. Atqui vis pacti, quod quidem ad agendum prosit, posita est pene tota in ea actione, quæ *præscriptis verbis* nominatur. Unde tot locis sub titulis, *de pactis*, et *de transactionibus*, ejus actionis fit mentio. Sed quod præcipue animadvertendum est, Titulus ipse *de præscriptis verbis* totus hanc summam habere reperietur, ut cum præter conventionem quid datum a me aut factum est, ut vicissim mihi dares, aut faceres: norimus, quæ hic conventiones, et quatenus valeant: quæque sit ex his actio, eum ad petendum, quod convenit, tum ad id, quod datum factumve est, revocandum: in quo de vi pactorum agi perspicuum est. Neque vero alia quæstio est, quæ est exposita brevius ab Ulpiano in *L. jurisgentium*, §. 1. *D. de pact.* Ita fit omnino, ut aut nusquam ejus titulis tractatio locum habeat, aut ad quæstionem de pactis, cujus pars, vel appendix quædam est, debeat referri. Quamobrem eum, ut dixi, scripserim antea de pactis, in quo ejus quæstionis explicationem susceperim: necesse est, videri me aut institutæ disputationi non satisfacere, sed relinquere inchoatam; aut hujus quoque partis, quæ illius propria est, explicationem adiungere debere. Sic nos præsente temporis occasione ad hanc explicationem maturandam esse usos: ut tamen eam non magis occasio et casus mihi objecisse, quam conjunctionis rerum necessitas post illam tractationem, priorem a me expressisse videatur. Habet hic locus controversias aliquot subdifficiles, et parum explicatas, dignas, in quibus elaboretur. Quod vel doctorum hominum de his ac-

curatæ et discrepantes disputationes facile testari possunt. Res videbuntur fortasse ad morem veterum judiciorum magis, quam ad usum horum temporum pertinentes, et ita sunt omnino, si per se spectabuntur: sed pertinent tamen ad eos locos, quibus res ad usum præsentem utiles et necessariæ continentur; ac sine his loci illi, qui sunt innumeri, facile intelligi non possunt. De quibus quid nobis videatur, exposui diligentius, ut in re controversa. In qua cum scirem fore, ut multis nova dicere videar: non satisfuit id ponere, quod sentiebam, nisi etiam quomodo confirmetur, et ab iis quæ dicuntur contra ab illis, quomodo vindicetur, ostenderem.

Tituli *de præscriptis verbis, et in factum actionibus*, hæc fere summa est. Cum convenit, ut mihi des quid, aut facias, interdum sola est conventio, sive hæc nullo proprio nomine appelletur, sive in aliud nomen contractus transeat; interdum præter contractus transeat; interdum præter conventionem prius ipse dedi, aut feci quid ea lege, ut dares, aut faceres illud, de quo præstando convenit: ut sic dicatur caussa subesse præter conventionem, ut loquitur Ulpianus in *L. jurisgentium, in prin. supr. de pact.* caussa nimirum; propter quam mihi dare, aut facere debeas, idest, caussa dandi, aut faciendi: præter conventionem, dicit, quia conventio et ipsa, una est ad dandum aut faciendum caussa: ut sic jam duplex obligandi tui caussa fieri intelligatur, et quod dedi, aut feci, et quod te daturum, facturumve pactus es. De priore genere nihil hic dicimus: ex quo aut plane nulla actio nascitur aut, id genus est earum conventionum, quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel lege confirmantur: ex quibus certæ sunt et propriæ actiones: non præscriptis verbis. Ita totum hoc genus a titulo, *de præscriptis verbis*, est remotum. Posterius est, de quo sub eo titulo agitur. Quid autem hic quæratur, vide. Earum sive conventionum, sive negotiorum sive contractuum; quibus caussa faciendi subest præter conventionem, quatuor sunt genera: aut enim do, ut des; aut do, ut facias; aut facio, ut des; aut facio, ut facias. Tot enim genera natura esse ostendit, neque plura eadem natura esse possunt: quæ Paulus posuit in *L. naturalis, in princ. eod. tit.* atque omnia uno generis nomine complexus est: ob rem datum appellans, quod ista lege datum, factumve est; nimirum dati nomine etiam factum intelligens. Quoties unum aliquod ex his incidit, si, posteaquam dedi, aut feci, ipse cessas dare aut facere quatuor sunt in unoquoque, de quibus quæri solet. Nam cum interdum intersit mea non dedisse quod dedi, aut feci; interdum magis intersit id consequi, quod pactus es, utrumque habet dubitationem, et eam duplicem: primum si velim revocare, quod datum, aut factum est, an possim; et si possum, qua actione id consequar; deinde, si putem magis e re esse id consequi, de quo convenit, an petere liceat; si licet, quæ sit in eam rem actio. His vero in rebus et Pauli disputatio in *d. L. naturalis*, et totius tituli tractatio continetur. De quibus quid juris sit, videamus.

CAP. II.

In iis contractibus, qui in proprium nomen transeunt, neque condictioni dati ex pœnitentia locum esse, et certam in omnibus esse actionem; tum qua nota discernamus in omni conventione, utrum res in proprium nomen contractus transeat, an non transeat.

SUMMARIA.

1. *In sequestrem actio depositi, et actio præscriptis verbis, sed quibus.*
2. *Præscriptis verbis actio, et actio ex vendito de eadem re in specie* L. 2. Cod. de pact. int. emt. et vend. compos. et L. si convenit, D. de rescind. vend, *et cur.*
3. L. naturalis, D. de præscr. verb. *tractatio. et scopus.*
4. *Condictio dati ob caussam caussa non secuta, cur non sit in iis contractibus, qui transeunt in proprium nomen.*
5. *Condictionem esse pecuniæ datæ ob caussam mandati, ut servus emeretur et manumitteretur, quamvis nondum servus emptus sit. Et cur.*

ET de his ex genere contractus statuendum est. Interest enim plurimum utrum, contractus, de quo agitur, in proprium nomen contractus transeat, an non transeat: puta, sitne emptio et venditio, quæ contrahitur, locatio et conductio, aut similes contractus: an vero nihil horum dicatur, nullaque alia hic contrahatur obligatio, quam, ubi rem dati, re non secuta, ut Celsus loquitur in *L. ult. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Cum contractus incidit, qui proprio nomine appelletur: veluti cum dedi pecuniam, ut fundum a te accipiam, ubi emptio contrahitur; aut dedi pecuniam ut mihi tabulam pingas, ubi locatio est: in his et similibus res brevi, nec difficili definitione continetur, neque id, quod datum est, revocari posse, ubi is qui promisit, id quod dare debet, offerat: et id, de quo præstando convenit, ita peti posse, ut sit eo nomine certa actio ex contractu certo constituta: ut proinde alia, idest, aut præscriptis verbis aut de dolo non requiratur. Imo vero ne locum quidem habet: nam actio quidem de dolo hac conditione proposita est edicto, si alia actio nulla erit: *L. 1. D. de dol.* de actione autem præscriptis verbis ita traditur in *L. 1. et L. 2. D. hoc tit.* tunc ad eam confugere nos, cum deficiunt prodita
1 judicia, et vulgares actiones. Nam † quod
de re apud sequestrem deposita et depositi actionem in sequestrem dari legimus, et item actionem præscriptis verbis. *L. ei apud, §. 1. D. depos. L. si gratuitam, §. ultim. hoc tit.* nihil huic sententiæ adversatur: datur enim depositi actio in sequestrem; sed ei qui deposuit, de re ab ipso deposita, quam ad rem præscriptis verbis actio non competit. Rursum datur præscriptis verbis; sed victori, de re, quæ ab ipso deposita non est, sed ab adversario, cum quo certabatur; quam quidem ad rem certum est illi non magis depositi actionem competere posse, quam in superiore specie potest deponenti competere actio præscriptis verbis. Unde ergo hæc actio victori adversus sequestrem, cum apud sequestrem eam non deposuerit? ex eo videlicet, quod in rebus sponsionis caussa deponendis ab initio convenit inter sequestrem et eos, qui deponebant, ut, uter certantium vicisset, ei sequester res depositas traderet: post quam conventionem fecit victor, ut accideret id, de quo convenerat: decertavit enim, et vicit. Neque hoc aliter fieri reperiemus, quam ut ex contractu certo certa sit actio, et ita certa, ut non sit præscriptis
verbis. Quod † tamen contra, propria qua- 2
dam ratione in una caussa receptum esse, hoc loco monendi sumus: nimirum cum vendidi tibi fundum ea lege, ut mihi quandoque pretium offerenti eum reddas. In qua conventione scriptum est in *L. 2. C. de pact. int. empt. et vend. com.* ut contractus fides servetur, actionem præscriptis verbis, vel ex vendito mihi dari. Sed quo in hac specie præscriptis verbis, cum sit certa actio: aut cur hic a regula juris discedimus, quæ tunc solum concedit venire ad actionem præscri-

ptis verbis, cum certum nomen actionis invenire non possumus? *d. L. 1. eod.* Puto eo factum, quia in hac specie ab initio nihil amplius de sententia veterum admissum fuerit, quam actio præscriptis verbis, ut indicat. *L. si vir, hoc tit.* post tandem certa actione recepta, aut constituta (quod factum esse vetere quæstione decisa scribit Ulpianus in *L. si fundus, in princ. D. de leg. com.*) sic illa admissa sit: ut prior, quæ fuerat, etiam maneret. Nam illud quidem superiore conventione primo dubitatum videtur, an conventio pars emptionis haberi deberet: nec abs re: neque enim prima ratione videtur ea conventio ex emptione esse, quæ eo spectat, rescindatur: ut necesse fuerit in hac dubitatione non ex vendito, sed aut nullam, aut præscriptis verbis actionem dare. Sed obtinuit tandem, hanc conventionem emptionis partem esse, et quodammodo pretii partem obtinere; quia sine ea emptio contracta non esset. Cui sententiæ consequens fuit, ut de ea etiam actio ex vendito admitteretur. Arg. in *L. sed Celsus, §. 1. D. de contrah. empt. L. si sterilis, §. si tib., D. de act. empt.* Cur ergo hæc jam sola non datur, sed utimur etiam actione præscriptis verbis? Nempe quia, quæ ex vetere dubitatione fuerat præscriptis verbis actio, ea semel inducta, etiam nunc manserit. Eadem dicemus in specie *L. si convenit, 6. D. de res. ven.* in qua ut superiori simili, nempe ad rescindendam venditionem pertinente easdem actiones dari legimus. Cæterum † in
3 omnibus aliis generibus contractuum, quos certos esse constet, sic datur certa actio, ut alia actio non quæratur. Quæ caussa fuit Paulo videlicet in *d. L. naturalis, §. 1. §. at cum do, et §. sed si facio,* cur, cum de superioribus dissereret, ante omnia distrinxerit, in illo quidem genere, cum do, ut des: an contraheretur emptio, an permutatio: in illo cum do, ut facias: utrum esset locatio, an non; in illo vero, cum facio, ut facias: utrum contraheretur mandatum, an non; et simul quando esset emptio, locatio, mandatum, ostenderit. Id eo fecit, inquam; quia in hoc genere diversa omnia cum de repetitione, tum de promissi petitione ab illo altero, de quo dicemus postea, esse intellexit. At de eo nihil aperte pronuntiavit. Nimirum quia ex adversativa oratione, quam de altero genere subiiciebat, id satis intelligebatur, et ex genere ac natura eorum contractuum non poterat esse obscurum. Nam
4 † primum quod ad id, quod in his contractibus datum, aut factum est, attinet, id repeti non posse inde intelligimus: non solum quia traditur, ab his contractibus, nisi utroque consentiente, discedi non posse; *L. ab emptione, D. de pact.* sed etiam quia contractus ejusmodi sunt, ut quamvis mihi ultro nihil dedisses: tamen solo consensu tibi obligarer, tuque promissum jure a me exigeres. Porro cum actionem ad id petendum damus, multo magis eo dato ad id retinendum exceptionem esse oportet *L. invitus. §. 1. D. de reg. jur.* Iam vero in his contractibus si quid dederim jam, aut fecerim, ut dares, aut faceres; peti posse id, de quo convenit, ut dares, aut faceres, plusquam certum est. Primum non est hic nuda conventio, ut quis dicat ex pacto actionem non nasci; sed rem dedi, ut dares, aut faceres; ex quo genere civilis actio oritur, quamvis in alium contractum res non transeat, *L. juris gentium, §. 1, D. de pact. L. solent, hoc tit.* Tum autem etsi nihil dedissem: tamen jam dixi ex eo genere contractuum, qui proprio nomine appellantur, etiam solo consensu obligationem jure gentium nasci. *d. L. juris gentium.* Ex quo intelligi debet, loqui nos de iis contractibus, qui rebus quamvis adhuc integris ab uno ex contrahentibus invito altero revocari non possunt. Quod si qui sint, qui possint revocari, qualis est societas, cui renuntiari potest a quovis ex sociis, aut mandatum, quod rebus integris a mandanto revocari potest: hæc eorum conditio est, ut revocatione unius non tam desinant, quam videantur nulli fuisse. Unde † eveniet, ut 5
pecunia, quæ hoc nomine data erat a mandante, ut quid emeretur, rebus adhuc integris revocari possit et possit conditione ob caussam dati caussa non secuta. Quod Ulpianus in hac specie respondit: cum dedi tibi pecuniam, ut servum emeres, ut manumitteres. Ait enim, ante quam emeris, competere mihi condictionem ad pecuniam, quam dedi, repetendam, *L. si pecuniam, §. si servum, vers. item si quis, D. de cond. causs. dat. causs. non sec.* Atqui mandatum est, dixerit aliquis. Sed mandatum potest revocari rebus integris, ut dixi: quo facto eo res deducitur, quasi nec fuerit. Dici tamen potest, et fortasse verius, in hac specie nullam omnino ab initio quidem mandati obligationem extitisse: quia nihil intersit mandantis, servum extraneo emi, ut ab eo manumittatur, cum ex ea emptione, aut manumissione nihil ad mandantem rediturum sit. Nulla est autem mandati obligatio, seu actio, cum ejus nihil interest, qui mandavit. *L. si procuratorem, §. mandati, D. mand.* Ita in his contractibus qui proprio nomine appellantur, eo res redit, ut quandiu ex his obligatio est, tandiu ex

iis non sit dati repetitio Quamobrem, ut dixi, quod certum erat, quodque ex adversativa, quam subjiceret, intelligebatur, id Paulus prætermisit: Solum hoc quæstionem habere potuit, cum dedi, aut feci ea lege, ut quid dares, aut faceres, exsisteretne is contractus, cujus sit proprium aliquod jure civili nomen, ut emptio et venditio, locatio, conductio, aut similes, an alius generis contractus. Id ergo Paulus docuit in tribus illis, cum do, ut des, cum do, ut facias, cum facto, ut facias. Quam autem det in singulis hujus rei explicandæ caussa regulam, operæ pretium est cognoscere.

CAP. III.

Cum do, ut des, quod certi contractus genus, et quando ineatur. Ad *L. naturalis, in pr.*

SUMMARIUM.

1. L. ult. D. de cond. caus. dat. *exposita.*

Et in eo genere, cum do, ut des, tunc *emptio est,* inquit, *cum pecuniam do, ut rem accipiam,* quod hanc sententiam habet; cum do non rem quamlibet, sed pecuniam: neque pecuniam do, ut pecuniam accipiam, sed ut rem aliam: hac lege interposita, inquam, ut rem accipiam, cum scilicet ita convenit, ut aliam mihi traderes, aut nominatim, ut aliam rem quampiam accipiam. Nam si rem do: ut aliam mihi des, permutatio est. *L. 1. D. de contrah. empt. L. 1. D. de rer. perm.* si pecuniam, ut pecuniam, mihi reddas: est mutuum, *Inst. quib. mod. re contra. obl. in*
1 *pr.* Si † pecuniam pro re quidem, sed hac lege nominatim interposita, ut eam mihi des: est et hic permutatio, contractus innominati genus, non emptio ulla ex parte, ut Celsus disputat in *L. ult. D. de cond. caus. dat. caus. non sec.* Est enim hic conventio contraria emptioni: in qua non id agitur, ut necesse habeat venditor rem dare, idest, dominium rei transferre, sed solum rem tradere, ut sic ob evictionem obligetur emptori, *L. ex empto. D. de contrah. empt.* Itaque illud, *ut rem accipiam,* sic accipimus: si nominatim ita convenerit, ut rem accipiam. Nam id cum factum est, perinde valet, quasi dictum esset, ut rem vel datam, vel traditam accipiam, et mihi evictionis nomine obligeris: non tantum quia verbum ad utramque speciem rei traditæ referri potest; sed etiam quia pecunia hinc interveniens, illinc res pro pecunia emptionem contrahi satis arguunt: cujus proprium est, ut ab una parte pecunia sit, ab altera merx, quæ pecunia, id est, pretio æstimetur. *L. 1. D. de contrah. empt. L. 1. D. de rer. permut.*

CAP. IV.

Cum do, ut facias, quando contrahatur locatio, aut non contrahatur. Ad *L. naturalis.* §. 1.

SUMMARIA.

1. *Facta quæ locari possint, aut non possit.*
2. *Operam non omnem locari posse: et quarum operarum sit locatio.*
3. *Locare quid.*

In eo autem genere, cum do, ut facias, sic locationem et conductionem non contrahi, ait si tibi pecuniam dem, ut facias, quod sit tale, ut factum soleat, et possit locari. Recte; nam si eo nomine, quod facis, dem tibi non pecuniam, sed rem, locatio esse non potest, propterea quod nec sine mercede locatio, est, nec consistit merces, nisi in pecunia numerata. *Inst. de loc. et conduct. in prin.* et §. 1. Sed etsi pecuniam dem, ut quid facias, non potest esse locatio, si id factum sit, quod locari, non soleat.

1 Quæ † facta soleant locari, hoc exemplo demonstrat: veluti *ut tabulam pingas* inquit nempe meam. Nam si tibi pecuniam dem, ut tuam pingas, et pictam, mihi des, emptio erit, non locatio. *L. sabinus, D. de contrah. empt. §. item quæritur, Institution. de loc. et conduct.* Quæ autem facta locari non possint, declarat hoc exemplo: puta ut servum manumittas. Hæc ego exempla in utramque partem pro definitione accipio: ut scilicet si quid tale sit, quod in re nostra exerceatur, collocetur, ut sic per rem nostram ad nos redeat, sit factum tale, quod locari possit; veluti ut me vehas, ut insulam in area mea ædificies, ut tabulam meam pingas, ut vestimenta mea polias, sarcias, ut ex auro meo mihi annulum conficias, et quæ sunt ejusdem generis. Contra vero si id, quod fit, non fiat in re dantis, ac nec possit: sit factum ejusmodi, in quod locatio non cadat. Animadverto enim, non tantum placere tunc locationem non contrahi, cum pecuniam tibi do ut, Stichum manumittas: in qua specie dici potest, ideo manumissionem non esse factum, quod locari possit: quia momentarium sit et nullum laborem nullaque operam desideret; sed etiam tum, cum do pecuniam, ut Romam eas. Cum enim in *L. D. 5. de cond. caus. dat.* dicitur, in hac specie pecuniam revocari posse rebus integris, si me pœniteat: satis declaratur locationem non esse contractam; alioqui ab ea invito altero recedere non liceret. Atqui ut Romam eas sine opera et labore tuo non perficitur. Cur igitur non est id factum, quod recipiat locationem? Non video, quæ hic alia ratio reddi possit, quam quod ut manumissio servi in re dantis non exerceтur, ac nec potest: sic nec profectio, quæ Romam suscipitur, alia in re potest exerceri, quam in iis locis, per quæ commeatur: quæ dantis non esse constat. Nam quod Bartolus *ad L. 5. D. de cond. caus. dat.* tunc dicit, locationem in hac specie posteriore non contrahi, cum is promittit se iturum esset; aliter si dem cursori, qui soleat, operas locare: facit contra Ulpiani manifestam sententiam, qui ut repetitionem det, non personæ accipientis, sed solius hujus facti habet rationem. Legimus † quidem 2
locari posse operas, ut *in L. qui operas, D. loc.* sed hoc non significat, ubicumque opera est, eam locari posse. Locare potest operas artifex, ut mihi domi pingat, ut ædificet, ut scribat; sed non erit locatio, si mihi operam præbeat, ut Romam eat, ut jam diximus. Accedit ad hujus sententiæ confirmationem quod in *L. Sabinus, D. de contrah. empt.* scriptum est, sic locationem videri, si aream darem ut insulam ædificares: quoniam tunc a me substantia proficiscatur. Ex quo colligitur, ubi substantia rei non proficiscatur ab eo, qui dat pecuniam, ut in ea labor locationis ponatur, locationem non contrahi. † A 3
quo locationis nomen abhorrere non videtur. Sic enim dicitur locare a loco: ut nisi re accepta, in qua tamquam constituto in loco operam suam locet et conductori impendat locator, non sit locatio.

CAP. V.

Cum facio, ut des, quod contractus genus.

SUMMARIUM.

1. *Societatem contrahi, cum do tibi equum, aut pecus pascendum, ut si post certos annos vænisset, pretium inter nos communicaretur.*

In illa specie, cum facio, ut des, nihil dicit Paulus, quando locatio contrahi intelligatur: quia hoc ex superiore satis intelligitur. Nam si cum do decem, ut insulam mihi ædifices, a me conductio est: necesse est te, qui ædificans, ut tibi dem ea decem, locatorem videri: de quo paulo post plura. Iuterdum
1 † in hac specie societas contrahitur: ut si dem tibi pecus pascendum, aut equum nutriendum, ut si post certos annos vænisset, pretium inter nos communicaretur: hic trado rem, ut pretii partem mihi des. In eo placuit esse societatem, *L. si tibi rem, §. 1. eod.* Nisi quis dicat videri me tibi dare pecus, aut equum, cum permitto tibi vendere: quod non ita est. Nominatim enim in *d. L. si tibi rem, §. 1.* scriptum est, hic dominum manere, qui prius fuerat.

CAP. VI.

Cum facio, ut facias, nullum hic certum genus contractus exsistere. Ad *L. naturalis*, §. *sed si facio.*

In ea specie, cum facio, ut facias, de qua in §. *sed. si facio*, ostendit, si mutuum mandatum sit, non contrahi negotium, quod in proprium nomen contractus transeat. Nos generaliter definiemus, nunquam in hac specie id negotium contrahi quod certo nomine appelletur. Aut enim mutuum mandatum est: ut si pacti simus, ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem: quo exemplo Paulus utitur in *d.* §. *sed si facio.* Aut mutuum commodatum: ut si placuerit inter nos, ut ego tibi meum bovem in denos dies, tu tuum mihi commodares: quæ species est. *L. si gratuitam*, §. *si cum unum eod.* Si mutuum mandatum est: neutrubi est mandatum, quia non est gratuitum, *L. si tibi rem*, §. 1. *eod.* Si mutuum commodatum est: probandum est, eadem ratione neutrubi esse commodatum, *d. L. si gratuitum*, §. *si cum unum. eod.* Neque vero mutua facta in alias species cadere videntur.

CAP. VII.

Quod ob caussam datum sit, caussa non secuta, revocari posse condictione: et hoc, quicunque casus accipientis obstiterit, quominus caussa sequeretur.

SUMMARIUM.

1. L. naturalis, in principio, *illic*, Sed si scyphos *explicatur*.

Atque hoc jus est de his quatuor generibus negotiorum, cum res in aliud nomen contractus transit. Quod si negotium manebit in suo nomine, et nulla hic alio obligatio contrahetur, quam ob rem dati, re non secuta: jus in utramque partem commutatur. sive de eo, quod datum, aut factum est, revocando agetur; sive de eo consequendo, quod ex conventione vice mutua dari, aut fieri debuit. Ac de eo, quod datum factumve est, revocando prius dicemus. In quo genere alia facti ratio est. Neque enim ut fundum quem tibi dedi, ut mihi Stichum dares, repetere natura possum, cum exstet: sic cum servum manumisi, aut quid aliud feci, ut dares faceres, ego mutare factum possum, et efficere, ut res in suum locum restituatur, id est, factum infectum reddere. Proinde et hæc nobis ordine distinguenda sunt. Ergo si dedi tibi quid, ut aut vicissim dare, aut vicissim quid faceres, et de re, quæ data est, quæritur: certi juris est, si hanc recipere velim, posse me datum repetere, quasi ob rem datum re non secuta, constituta in eam rem propria condictione, nimirum ob caussam dati caussa non secuta. Neque in eo refert, utrum dederim, ut des, ut in permutatione; an dederim, ut facias: veluti ut Stichum manumittas. Hæc Paulus in in *d. L. naturalis, in pr.* §. *at cum do, et* §. *quod si tale.* Qua in quæstione cum res ad condictionem ob caussam dati pertineat, nempe eo revocanda est, et ex ejus præceptis et ratione explicanda.

Illud notandum est, sic caussa non secuta esse dati condictionem; ut ad facultatem repetendi nihil intersit, utrum ideo non des id, quod te dare oportuit, quia nolis; an vero quia non possis: et quominus possis, utrum casu, an culpa impediare. Utputa, si tibi scyphos dedi, ut mihi Stichum dares: etiam mortuo sine culpa tua Sticho, scyphos a te condicere potero, auctore Celso in *L. ult. supr. de cond. caus. dat.* Et recte: dedi enim ob caussam: quæ si secuta non est, condictioni locus factus est; quia conditio ejus exsistit. Et quamvis casus in re tua inciderit, tamen si alterutri nocere debet: æquius est, eum domino nocere, quam mibi. *L. pignus, C. de pig. act.*

1 Non † adversatur huic sententiæ, quod Paulus scribit in hac specie Stichum, quem pactus es te daturum, periculo meo esse, qui scyphos dedi. *d. L. naturalis, in pr. vers. sed si scyphos.* Est enim periculo meo eo sensu, quo res debitæ dicuntur periculo esse creditoris. Hoc autem periculum creditoris in rebus debitis peremptis intelligitur, ut debitor in his liberetur, nec illæ scilicet jam amplius ab eo peti possint. *L. si ex legati caussa. D. de verb. obl. L. quod te, D. si cert. pet.* Cæterum si qua alia petitio fuit creditori ea non tolletur. Proinde non eo minus, quod dedi, condicere potero; utpote ob caussam datum, quæ caussa secuta non fuerit. Hæc enim alia obligatio et actio est, ut dixi. Nec quisquam mihi dicat hoc modo fieri, ut hic nihil mihi pareat, si quod dedi, recipiam. Satis enim perit, quod Stichi æstimationem petere non possum, si is forte duplo pluris fuerit, quam quod dedi; et tamen eo, quod dedi, jubear esse contentus.

CAP. VIII.

De revocatione facti, cum Facio, ut des, aut facio, ut facias, in iis contractibus, qui in aliud nomen non transeunt. Ad *L. naturalis*, in extremo.

S U M M A R I A.

1. *Cum feci, ut dares, aut faceres, caussa non secuta agi posse in id quod nostra interest, id factum esse.*
2. *Facti revocandi caussa actionem esse de dolo: et qua conditione. Et num.* 3. L. cum proponas, C. de dolo. *exposita ibid.*
3. *Datum sit quid ob caussam, an factum, quid intersit in jure ejus revocandi, cum caussa secuta non est.*
4. *Facti revocandi caussa actionem esse intra duos annos de dolo: post id tempus in factum.*
Decerni actionem de dolo quam recte dicatur. Ibid.
5. *Facti revocandi caussa esse condictionem ob caussam, cum debitori meo acceptum tuli, ut quid daret, aut faceret; et cur in hac specie.*

Alia, ut dixi, facti conditio est. Nam aut in eo præter factum mihi nihil abest, ut cum pinxi tabulam, eum insulam ædificavi in tuo, cum servum furem tibi indicavi; et hic nihil est, quod revocetur; avolavit enim statim opera, et judicium, ut nihil jam maneat, quod possit vel revocari, vel mutari. Aut eo facto abest aliquid, ut cum Stichum manumisi, ut dares; cum Titium liberavi tuo nomine, ut me quoque liberares. Et hic plerumque ea res abest, quæ jam plane esse desierit, nec possit revocari: ut, servo manumisso abest servitus, quæ revocari nullo modo potest. Plerumque ita abest, ut ad eum, cum quo pacti sumus, non pervenerit: ut ne sic quidem ab eo repeti possit, ad quem non est profecta. Itaque sane de his condictio ob caussam non competit.

1 Sed † nihilominus et de eo retractando vi ipsa agi potest, si quid forte eo facto nobis aberit, quod pluris sit, quam quod nobis vice mutua promissum est: non ut ipsum quod non dedimus, condicatur: sed ut in id agamus quod nostra interest, id factum non esse, quod fecimus; ut, si manumisi Stichum, ut Pamphilum manumittas, prius quam manumiseris, possum tecum agere, quanti interest mea servum habere, quem manumisi, ut Paulus scribit in *d. L. naturalis, §. ult.* Quod si id tum fieri potest, quum manumisi, ut alium manumittas; etiam tum eodem modo agere licebit, eum manumisi Stichum, ut mihi decem dares, idest, non solum cum feci, ut faceres, sed etiam eum feci, ut dares: quia utrobique idem factum est, et tu non dando, aut faciendo pariter fidem non præstas. Sed de actione Paulus nihil exprimit.

Verum † erit in eam rem de dolo actio, 2
ut declaratur in *L. cum proponas. C. de dolo.* Manumisi ancillam meam, quæ apud te in contubernio erat, ut mihi Pamphilum dares. Pamphilum non das: quærebam de ancilla, an eam in servitutem revocare possem. Rescriptum est, revocandæ libertatis potestatem me non habere, sed solum desiderare posse de dolo mihi decerni actionem, nempe ad revocandam ancillam, ut Bartolus recte accepit, et nos postea pluribus ostendemus. Re-

cto vero, de dolo in hanc speciem, ubi videlicet nulla est alia juris civilis actio. Deest enim condictio, quæ de iis, quæ data non sunt, ac præsertim quæ in commerciis esse desierunt, nulla est. Atque esse in hac specie de dolo actionem in id, quod mea interest, ancillam non manumissam, ubi libertas revocari non potest, licet intelligere ex *L. verum, in princ. D. de minor.* ubi et minori, qui deceptus ancillam manumisit, quia ancillam in servitutem revocare non potest, ideo datur de dolo actio, et datur in id, quod ejus interest, ancillam non manumissam.

3 Sed † cum hanc actione in his dari dicimus, hoc ipsum primum nos admonet, eum qui Pamphilum ex conventione non manumisit, sic teneri ea actione in id, quod mea interest ancillam a me non manumissam: si per eum stet, quominus Pamphilum manumittat. Cæterum si paratus sit, eum manumittere, aut etiam Pamphilus sine dolo malo ejus perierit, hac actione non tenebitur. Non enim dolo facit, qui paratus est vivum manumittere, aut eum, qui non est, aut quem in potestate non habet, manumittere non potest. In quo quid datum a facto etiam in in hac tractatione differat, potest animadverti. Nam condictio ad datum repetendum datur, etiamsi adversarius dare, aut facere paratus sit quod promisit, tantum ut dantem pœniteat. *L. 5. D. de cond. caus. dat.* non item datur de dolo actio in id, quod facientis interest, si per adversarium non stet, quominus quod convenit, impleat.

Jam † quoniam de dolo actio hic datur, 4 consequens est intra constitutum tempus dari, ut est comprehensum *d. L. eum proponas, C. de dol.* Id tempus olim annus utilis fuit, nunc biennium continuum ex constitutione Constantini, *L. ult. C. de dol.* Recte vero eodem rescripto dicitur decerni hæc actio, quæ datur caussa cognita. *L. 1. D. de dol.* nam decernere dicitur magistratus, eum aliquid caussa cognita tribuit. *L. 3. §. si caussa, D. de bon. possessionib.* Quid post biennium? nulla ne erit actio? imo erit utilis, seu in factum, in idipsum, quod mea interest, ut scriptum est in *d. L. verum, de minor.* Neque enim hic actio pœnalis est, ut quis dicat eam post annum non competere: cum detur de eo, et quod nobis abest, et quod in rem adversarii versum videtur, cum ex voluntate ejus factum sit. Arg. *L. 3. §. nec non illud. L. de in rem vers.* Sane † accidit 5 interdum, ut quis quid prima ratione videatur fecisse, vi autem ipsa eo facto aliquid in adversarium contulerit, itaque ei dederit: ut fit, cum creditor debitorem suum liberat acceptum ei ferendo ea lege, ut debitor vicissim quid det, aut faciat; sic enim creditor liberationem, rem incorporalem confert in debitorem. Proinde mirum videri non debet, si ejus liberationis nomine condictio datur. *L. 4. D. de cond. caus. dat.*

CAP. IX.

De eo, quod convenit, ut daretur aut fieret, an sit, et quæ sit actio in quatuor generibus contractuum propositis, cum res in aliud nomen contractus non transit. Ac primum de his tribus, cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias.

SUMMARIA.

1. *Furti actionem et condictionem furtivam esse, non actionem præscriptis verbis ut fiat quod convenit, cum dedi tibi rem meam inspiciendam, explorandam, ut postea reposcenti reddas.*
   L. Si gratuitam, §. Papinianus, D. de præs. ver. *explicatur ibid.*
2. *Præscriptis verbis actionem ex contractu incerto esse, ut præstetur id de quo convenit, si maleficium aberit: atque hanc solam, excepto precario, cujus nomine et hæc actio est, et interdictum de precario.*
3. *Præscriptis verbis actio ubi erit, ibi actioni de dolo locum nunquam esse.*
4. L. permisisti, D. de præs. ver. *exposita.*

Hæc de eo, quod datum, aut factum est, revocando dicta sunt. De eo, quod pacti sumus inter nos, ut dares, aut faceres, si forte id petere malim, videamus. In quo natura prima est quæstio, an sit actio ex eo genere conventionum. Sed esse constat, de quo satis diximus *L. legem. C. de pactis.* Hoc constituto, secunda quæstio introducitur, quænam,

hic actio competat, certane et vulgaris, an præscriptis verbis: incerta an de dolo. Et interdum certa dabitur. Quod si fit, cessabit, præscriptis verbis. Quid ergo. ex contractu incerto certa actio esse potest, dixerit aliquis? Minime: sed potest in eam rem, quæ ex conventione præstari debet, maleficium incidere, quod de eadem re nobis certam actionem subministret: quæ cum exstiterit, ita dabitur ut non sit alii actioni locus.

1 Maleficium † quod dico, non in quovis genere contractuum ex superioribus incidere potest: sed in eo solum, cum facio, ut facias: neque id in quavis specie ejus generis, sed tunc solum, cum rem meam tibi trado, puta utendam inspiciendam explorandam, ut postea reposcenti reddas. Hic enim evenit, ut si recte reposcenti non reddas, et res apud te sit; tu ejus rei furtum facias. Quo fit, ut et tecum furti agere possim, et rem condicere a te, et de ea ad exhibendum agere: idque ita scriptum est in *L. si gratuitam* *§. Popinianus, hoc tit.* Sed ibidem additum est de Papiniani sententia, ita me in proposito superioribus actionibus experiri posse, si mihi liquet rem esse apud te: non quod si ignorem, eo minus re ipsa furtum facias: sed quia frustra furti agam, si ignorem, utrum res apud te sit, atque ita eam contrectes, ubi neque de contrectatione tua, idest, furto affirmare possim, neque id probare. Interim hoc constat, cum liquebit rem apud te esse, hic mihi de re, quam ex conventione reddere debeas, certam et vulgarem actionem esse propositam, condictionem furtivam, quæ in hanc speciem certo incidens etiam præscriptis verbis actionem excludet: ad quam solum tunc confugere possumus, cum deficiunt vulgaria nomina et usitata actionum. *L. 1. et L. 2. eod.* Id vero ipsum est, quod in *d. L. si gratuitum; §. Popinianus*, scribit: ita demum mihi præscriptis verbis actionem in proposito competere, si ignorem, ubi sit res, quam mihi non reddas. Jam enim effectum est, hoc casu furti agi non posse. Sed hæc, inquam, certa actio ad petendum id, quod conventione præstari debuit, ex maleficio est quod in rem, quæ restituenda erat, cadit.

2 Quod † si nullum maleficium in eam rem incidens nullam extrinsecus certam actionem dabit: hic certum est, ex contractu incerto actionem certam et vulgarem esse non posse; cum unaquæque ex ipso contractu nomen habeat. *L. 3. et 1. 4. eod.* Quæ igitur hic erit actio? Et generaliter definitum est in *L. 2. et L. 3. eod.* esse, præscriptis verbis. Sic enim verba sunt; *nam cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina præscriptis verbis agendum est: ad quam necesse est confugere, quoties contractus exsistunt quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.* Sed an ita est in his generibus contractuum actio præscriptis verbis, ut sit sola: an vero etiam hac admissa, alii remedio locus esse potest? Et interdum de eadem re non actio, sed interdictum locum habet, quod tamen in una specie precarii receptum video: quo sic interdictum propositum est, ut possit etiam eo nomine agi præscriptis verbis. *L. 1. §. 1. L. duo, §. ult. infra, de prec.* Cæterum neque alibi interdictum, neque in ullo genere omnino alia actio cum actione præscriptis verbis concurrere potest. Ita fit, ut hæc sic in his generibus competat, ut precario exceptio sit sola

3 Illud † quidem certe extra controversiam esse debet, ubi actionem præscriptis verbis dari statuerimus: ibi actioni de dolo locum esse non posse: ut quæ ex edicto nominatim tantum detur hac conditione, si de his rebus alia actio non erit *L. 1. supr. de dolo.* Ac de tribus generibus minus dubitatur, cum do, ut des; cum do, ut facias; cum facio, ut facias. Nam in unoquoque horum nominatim præscriptis verbis actionem dat Paulus in dicta *L. naturalis, in prin. §. at cum do, §. quod si tale, et §. sed si facio.* Quo admisso, etsi de actione de dolo nihil adjiciat, tantum illo edicto posito, quod dixi, sua sponte satis intelligitur hanc non competere. Quuminus tamen de his ipsis tribus generibus dubitetur, aut etiam ne istorum desiderentur exempla, ipsa capita alia, quæ tam multa sub hoc titulo leguntur, exempla et fidem hujus sententiæ subministrabunt, quæ nunc breviter indicabo. Ergo primi generis exempla hæc sunt: do servum æstimatum, ut mihi eum reddas, si de crimine, cujus eum insimulabas, non compereris. *L. si dominus,* 8. Venditum fundum tibi trado, ut si velim, eodem pretio mihi transcribas. *L. si vir,* 12. Do tibi rem vendendam æstimatam, ut rem, aut pretium reddas. *L. si gratuitam,* 17. §. 1. Dedi tibi aream, ut insula in ea ædificata, ejus insulæ partem mihi redderes. Dedi puerum, ut eo vendito, pretium inter nos communicetur. *L. si tibi reus,* 13. §. *Julion.* Ad secundum genus hæc pertinent: do insulam, ut mihi aliam ædifices, *L. insulam,* 6. Do decem, ut Stichum manumittas. *L. si tibi decem,* 7. Accepto te liberavi, ut nomen Titii mihi delegares, *L. ob eam caussam,* 9: Tertii generis hæc sunt exempla: Permisi tibi cretam eximere, ut eum locum, unde exemisses, repleres. *L. permisisti* 16. Concedo tibi inhabitare ædes meas. Ut cum mihi visum erit, reddas, *L.*

si gratuitam. 17. *in pr.* Do rem inspiciendam, ut reddas. *d. L. si gratuitam*, §. *Papinianus*, *et* §. *si eum mihi*, *L. duo* 23. Commodo tibi bovem, ut mihi alternis tuum commodes. *d. L. si gratuitam*, §. *si cum unum*. Certo cum adversario, et vinco, ut mihi annulos sponsionis caussa ab illo apud te depositos ex sponsione mihi victori restituas. dicta *L. si gratuitam*, §. *ult.* Prædium pro te obligavi, ut mihi fidejussorem præstares. *L. rogasti*, 19. §. *ult.* Reliqui argentum apud te, ut si displicuisset, redderes. *L. apud* 20. §. *ult.* In quibus omnibus reperiemus suprascriptis in locis præscriptis verbis, seu quod idem est, in factum actionem civilem dari. Sed num etiam de dolo dabitur? Et jam dixi prohibere edictum de dolo, quo ita comparata est de dolo actio, si de his rebus alia actio non erit. In quo tamen nos impediunt *L. cum proponas*, *C. de dol.* *et L. permisisti*, §. *ult. hoc tit.* Nam in priore respondetur, eum, qui ancillam suam dedit, ut Pamphilum acciperet, nullam aliam actionem habere quam de dolo. In posteriore proponitur aliquis permisisse mihi, ut sererem in fundo suo, et fructus tollerem: cum sevissem, non pati me fructus tollere. Respondetur in hanc rem nullam juris civilis actionem esse, at esse de dolo. Sed in *L. cum proponas*, de revocanda solum ancilla, quæ data erat, agitur. Cujus rei nomine recte dicitur, solam actionem de dolo competere: cum alia deficiat, ut paulo post, cum de quarto genere agemus, pluribus demonstrabimus. In † *L permisisti*. Nullum negotium civile gestum est inter nos, cum permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo, et fructus tollerem. Apparet enim hic nihil me fecisse, ut vicissim mihi dares quid, aut faceres: sed solum me sevisse, ut mihi ipse consulerem. Quod si actio præscriptis verbis solum ex contractibus est, *L.* 3. *eod.* consequens est, eam ex hoc facto competere mihi adversus te non posse. Restat igitur, ut sit de dolo, ne impune me deceperis. 4

CAP. X.

Cum facio, ut des, neque locatio contrahitur: unam hic quoque esse actionem præscriptis verbis, ut et in suprascriptis generibus: et quibus locis juris id confirmetur. *Ad* §. *quod si faciam*, *L. naturalis.*

Ergo, ut dixi, de tribus illis generibus, minor est dubitatio, cum do, ut des: do, ut facias: facio, ut facias. De quarto genere, cum facio, ut des, nihilo magis dubitaremus, quam de superioribus si non tantum quid superioribus locis generaliter definiatur, spectaremus; sed etiam quid de hac specie nominatim ab aliis juris auctoribus traditum sit, et quod ad rem maxime pertinet, quam sit eadem ratio in hac specie, quæ aut in superioribus generibus hanc actionem denegare, aut illa admissa in hoc quoque genere admittere debeat. Sed Paulus nobis dubitationem attulit: cujus in *L. naturalis*, §. *quod si faciam*, de eo ipso genere hæc verba sunt: *Quod si faciam, ut des, et postea quam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio: et ideo de dolo dabitur.* Id quod si de eo dictum intelligimus, cum de re promissa agitur, ut omnes ante nos magno consensu facere animadverto: incurrit ea sententia in eas difficultates, quas nulli adhuc judicio meo expedire potuerunt, nec mirum: cum omnibus de hac re scriptis locis, et rationibus prope exploratis hæc sententia velut irrita teneatur. Ego autem, quod bona venia doctorum hominum, qui de hac re scripserunt, facere liceat, sic statuo, audentius fortassis, vere tamen: etiam in hoc genere, cum facio, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, siquidem de eo quod dare debuisti, agatur: esse mihi adversus te eo nomine præscriptis verbis actionem: idque non tantum, si dolus tuus nullus arguatur, sed etiam si arguatur. Addo sic esse in ea caussa actionem præscriptis verbis, ut non sit de dolo. In quo quoniam obstant nobis Pauli verba, et me in his explicandis ab aliis omnibus etiam doctissimis interpretibus dissentire intelligo, putavi de eo mihi paulo pluribus et diligentius esse disserendum. Ac primum illud doceamus, esse in hac specie adversus eum, qui non det, actionem præscriptis verbis. Sunt vero in hanc sententiam tam multi, et hi diserte scripti loci, tam multæ neque hæ dubiæ, aut obscuræ rationes, ut his objectis quid cæteris, in hac quæstione accidat, nesciam: me quidem, cum illa expendi diligentius, pudeat,

et valde quidem pudeat contra sentire. Et in locis huc pertinentibus non minimam vim habere debet illa definitio non infinite, sed, universali particula addita, concepta, quæ legitur in *L.* 3. *D. eod.* cum ita definitur, *ad præscriptis verbis actionem confugere necesse esse, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.* Dixit Julianus, *quoties contractus exsistunt* ergo et tunc, *cum facio, ut des*, nam et hic exsistit contractus, cujus jure civili nullum est proditum nomen. Sed quia nihil aperte et nominatim de eo, quod quærimus, dicitur, eam definitionem omittamus: eos locos, qui de specie ipsa scripti sunt, consideremus. Ac præcipui loci, quibus de hac specie superior sententia statuitur, vel potius pene diserte expressa est, sunt tres, *L. jurisgentium*, §. 1. *supr. de pact. L. solent, L. si tibi polienda, hoc titulo.* Ex quibus quia duo priores, quamquam dilucide scripti vocantur a nonnullis in quæstionem, melius erit, ne qua dubitatio relinquatur, eorum sententiam paucis expendere.

CAP. XI.

In specie proposita in *L. jurisgentium, in princ.* illic, *et puto, D. de pact.* esse id negotium, cum facio, ut des, non cum do ut facias.

SUMMARIA.

1. *Valde errare eos, qui in specie tractata* L. jurisgentium, in pr. *illic*, et puto, *putant proponi negotium, do, ut facias: cum perspicue id sit, in quo facio, ut des, cujus nomine ei, qui fecit, datur præscriptis verbis actio.*
2. *Contractus Do, ut facias, aut facio, ut des, absurdum esse ita dici ex conventione sola præcedente dandi, aut faciendi.*
3. *Contractus Do, ut facias facio, ut des, ex implemento, idest, ex eo, quod vere datur, aut fit, non ex conventione esse existimandos.*

In *L. jurisgentium, in pr.* proponitur hæc species. Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres: manumisisti, Stichus, quem tradideram, evictus est. Unde apparuit eum datum non fuisse: non enim datur, cujus dominium non transfertur, §. *sic itaque, Inst. de act.* Non fuisse autem translatum, ex eo planum factum est, quod sit ab alio evictus, qui dominus esset. Itaque petis, ut Stichum tibi dem, quem tibi ex conventu dare debui, ut Pamphilum manumitteres: et de actione quæsitum est. Diserte illic scriptum est, esse tibi in hanc rem civilem actionem, et eam præscriptis verbis. Atqui nihil aliud hic reperietur, quam manumisisse te Pamphilum, idest, fecisse, ut Stichum darem.
1 Immo, † inquit Accursius, hic est, do, ut facias, sic enim appellat negotium illud, cum do, ut facias. In quo ego, nequid dicam gravius, Accursii, et veterum illorum, quorum ille in hac re sententiam secutus est, sæpe judicium requiro. Nam, ut verum quod est, dicere liceat, quis non videt hæc verba, do, ut facias, mihi in hac specie convenire non posse? quomodo enim ego dici possum dare, ut facias; cum constet me hic neque dare quidquam, neque dedisse? Ergo profecto in hac re non recondita aliqua ratione, sed sensu communi Accursius refellitur. Quid si neuter nostrum dedit alteri? potestne alterutrer ita dicere, ego dedi, ut facias? atqui neutrum dedisse perspicuum est, nam tu quidem manumisisti Pamphilum, non dedisti quidquam: ego Stichum tibi tradidi: sed tradidi dumtaxat, non dedi. Non enim dominium transtuli, cum dederim alienum, et eum, qui postea sit evictus. Absit igitur, ut hic quisquam dicat esse contractum, ut ille loquitur, do, ut facias, ubi neutrubi datum quidquam proponatur. Sed quid verbis opus est? an non certum est te fecisse, idest, manumisisse? cur manumittebas? an non, ut Pamphilum, qui tibi a me traditus est, haberes, idest, ut traderem cum re, idest, darem? Quisquamne igitur negare possit fecisse te, ut darem: non me dedisse, ut tu faceres? Immo, † inquit ille, est do, ut facias (liceat enim mihi ita nunc cum illo loqui) quia convenit, 2
ut prius darem, etsi tu faciendo antevertisti. Hi autem contractus ex eo, quod initio convenit, non ex eo, quod secutum est, sunt appellati: ut si convenerit, ut darem, tu

faceres, sit id, quod appellat. do, ut facias, quamvis tu prior feceris, ut hic; si contra convenerit, ut ego manumitterem, tu dares, sit id, quod vocat facio, ut des, etsi tu prior mihi dederis. Jam mallem prius illud sine ulla ratione pro sua auctoritate sibi credi Accursius voluisset, quam ad id probandum tam absurda ratione uteretur. Quid enim, quæso, absurdius, quam dicere hoc negotium, do, ut manumittas, ex eo, quod non est, esse appellatum? atqui hoc dicitur ab iis qui ex conventione de dando hæc negotia dicta esse volunt. Nam profecto cum paciscimur solum, ut dem tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, in hac conventione non est id, quod dicitur, do. Revera enim nihil do neque dedi, et, quod præcipue animadvertendum est, nec dare volo: alioqui non nunc mecum ageretur, ut darem. Quomodo igitur ex conventione dicatur hoc negotium, cum id unde negotium dicitur, non sit in conventione? Si convenisset, ut Stychum manumitterem, tu Pamphilum dares, nemo ferret, si dicerem esse negotium, do, ut facias: aut si convenisset, ut ego facerem, ut tu faceres, nemo non rideret, si dicerem esse do, ut des: scilicet quia non esset in re, et conventione, quod his verbis exprimo. Quis potius igitur me ferat, cum convenit, ut dem, postea, ut tu facias, ubi constat me plane nihil dare; si ego id factum dicam esse do ut facias? Nisi forte, quia conventione id agitur, ideo ego dicendus sum dare. At hoc multo dictu est absurdius; quasi vero ideo dem, quia convenit, ut darem: aut quasi hæc eadem sint, dabo, ut facias, et do, ut facias. Atqui apparet, quantumvis convenerit, ut darem, me tamen non dedisse, neque nunc ob aliam caussam mecum agitur, quam quia non dedi. Sed cur laboramus? hoc ipso, quod convenit, ut dem, natura ipsa intelligitur me non dare. Sunt enim hæc duo, dabo et do, ita non diversa tantum, sed etiam contraria, ut sint ex genere eorum, quæ ajentia et negantia appellantur. Qui dat, jam nunc rem repræsentat, et in posterum negat se daturum, quia jam implevit, quod debuit. Qui se dicit daturum, is dicit se nunc non dare, at postea daturum esse. Hæc qui eadem esse putat, fateatur se hoc dicere, ajentia et negantia esse eadem. Ut + paucis rem omnem defi- 3
niam, hæc negotia, do, ut des, do, ut facias, et reliqua similia, dicta sunt ex eo quod est, non ex eo, quod non est. Cum autem convenit, ut dem Stichum, ut Pamphilum manumittas, in conventione non do, ut manumittas: sed tunc solum, cum impleo re, quod verbis promisi. Non sunt igitur hæc verba conventionis, sed implementi: et quod idem est: non sunt hæc verba, seu negotia ex conventione, sed ex implemento æstimanda. Hoc neque verius quidquam, neque certius. Itaque sententia Accursii omnibus cordatis interpretibus merito semper displicuit. Bartolo in primis, qui ad hoc veterum commentum refellendum rationes (si quis forte plures desideret) non ineptas multas attulit, ad *L. naturalis*, §. *sed si facio:* ut profecto, qui hac etiam ætate eandem sententia renovant, hi, ut dicam levissime, magnam mihi existimationi suæ injuriam facere videantur. Est igitur, ut ad id, quod probare institui, redeam, in superiore specie id negotii genus, cum fecisti ut darem, neque do. Jam vero in eo genere diserte scribit Ulpianus, esse præscriptis verbis actionem, neque id defunctorie, et velut obiter, sed ex professo, idque de veterum sententia; reprehenso etiam nominatim in ea re Juliano, qui diversum sentiret. Et ut intelligeremus in hoc exemplo consistendum non esse: addita est præterea nominatim ratio, quæ ad omnes contractus, in quibus facio, ut des, vel quod idem est, facias ut dem, sine ulla dubitatione pertineret. Quare ex eo loco, quid illi in hac specie placeat, tenendum esset de actione præscriptis verbis, dubitari non debet.

CAP. XII.

In *L. solent*, 15. *de præsc. verb.* proponi id negotium, in quo facio, ut des: et tamen si non des, dari mihi præscriptis verbis actionem, quamvis dolo facias, ne des.

SUMMARIUM.

1. Nisi quis dicat, *verba esse Latinis; ut plurimum non excipientis, sed repudiantis, quod subjicitur.*

In specie *L. solent. hoc tit.* nemo negat proponi id negotium, de quo quærimus, cum facio, ut des. Indicavi enim tibi servum tuum furem, ut mihi decem dares. Et ne Accursius exemplum repudiet, quasi ab initio ita convenerit, ut tu prius dares, ego indicarem, ut sic fiat illud, quod appellat ex conventione, do, ut facias: nominatim ita rem proponit Ulpianus, ut pactio intercesserit ob indicium, et hoc quid sit, interpretatur. *Hoc est,* inquit, *ut si indicassem, apprehensusque esset fugitivus, tum certum aliquid daretur:* ut vel ipso judice Accursio fatendum sit, sive ex conventione, sive ex implemento res æstimetur, esse id negotium, quod vocat, facio, ut des. Quid autem Ulpianus in hac specie, quam dat actionem? et hic illius verba sunt, *habere hanc conventionem in se negotium aliquod: ergo civilem oriri posse, idest, præscriptis verbis.* In quo plane dixit, quod quærimus, et ita dixit, ut adjuncta etiam ratione confirmaret, ne forte de eo dubitaremus. Sed enim Ulpianus subjicit continenter hæc verba: *nisi quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.* Quibus verbis existimet fortasse aliquis Ulpianum mutare, quod prius dixerat. Sed tantum abest, ut mutent hæc verba priorem sententiam, ut
1 statuant et confirment potius. Jam, † primum non sunt hæc verba, ne quis erret, excipientis, aut approbantis, quod ab aliis ita diei possit, ut subjicitur: sed repudiantis potius, seu indicantis neminem id esse dicturum: quia ineptum sit, et minime recipiendum, quasi dolo tuo remoto, præscriptis verbis actio mihi adversus te dari debeat; dolo autem tuo interveniente, ubi idem factum tuum sit, eadem actio dari non debeat. Scio hæc verba, *nisi quis dicat, nisi si quis dubitet,* interdum habere correctionem præcedentium: sed hoc tunc fieri observabimus, cum is, qui scribit, et his verbis utitur, nominatim adscribit se hanc correctionem probare, ut fit in *L. si mihi pure.* 59. *D. de legat.* 2. At ubi nihil tale adscriptum est, animadverti veteres his verbis uti solitos, cum sententiam alienam recitant, quam tamen vel improbent, vel etiam contemnendam putent; ad quam ideo non respondeant pluribus, quia non existimet magna refutatione indigere. Notæ sunt illæ formulæ orationis Ciceroni familiares, *nisi forte quis dicat, nisi vero quis putet:* quibus nunquam fere ille uti videtur, nisi cum id, quod subiicit, significare vult, aut neminem esse dicturum, aut non esse tale, quod nos movere debeat. Sed ne quis cavilletur nos ista ad normam loquendi Ciceronis importune exigere, nostrorum testimoniis, atque adeo ejusdem auctoris Ulpiani, de cujus verbis nunc agitur contentus ero. Isto vero sensu, quem dixi, his verbis duobus in locis ille ita usus est, ut nemo, lectis locis, possit dubitare. *L.* 2. §. *tractari*; illie, *nisi forte quis putet*, D. ad senat. Tert. *L. et eleganter*, §. *servus pactionis*, illic, *nisi forte quis*. D. de dol. Aliter nostri aliquando sed rarius ut in *L. Lucius* 31. *in fin. D. de adm. tut. L.* 2. §. *si quid in loco*, *D. ne quid in loc. pub.* Quæ ut ita non esse quis concedat; tamen vide, quam nihil superiorum verborum ulla interpretatio nos de priore sententia Ulpiani dimovere debeat. In illis verbis postremis, *nisi quis* in hac specie, inest, inquis exceptio et correctio præcedentis sententiæ. Sit sane ita: attamen, quod ex verbis apparet, hactenus exceptio est, ut mihi, qui indicavi tibi furem, tunc solum detur de dolo actio adversus te, si aliquis tuus dolus arguatur. Ita auctore Ulpiano, relinquitur actio præscriptis verbis, si nullus tuus dolus arguatur, quod nunc nobis concedi satis est, ut efficiatur, etiam tunc hanc actionem dari, cum dolus aliquis tuus arguetur. Quod cum venerimus ad eum locum, in quo de eo agemus, qui dolum adhibuit, pluribus ostendemus.

CAP. XIII.

In *L. si tibi polienda, 22. D. de præs. ver.* agi id negotium, in quo et conventione et implemento prius facio, ut des: hic tamen dari mihi adversus te omnimodo actionem præscriptis verbis.

SED ut de superioribus duobus locis queat dubitari: attamen in *L. si tibi poliendo. hoc tit.* est omnino ea species, atque id responsum, quod omnem tergiversationem præcidat. Dedi tibi vestimenta sarcenda, aut polienda, ut cum sarsisses, aut polivisses, ego tibi tantum darem quantum inter oos postea statutum esset : fecisti quod convenerat, neque do quidquam; aut do quidem, sed non æquom. Placet in eam rem esse tibi adversus me actionem præscriptis verbis. Atqui oon solum tu fecisti prior, ut darem, atque ita prior implesti id, de quo convenerat; sed etiam in ipsa conventione, qoæ de toto negotio futuro antecessit, id actum est, ut prior faceres, deinde ego darem : ut sive implementum spectes, sive conventionem de faciendo, omnia huc spectent, ut negotium a faciendo cœperit, ot sic deiode ego tibi darem. Et ne com Bartolo hic mihi qnis dicat ideo eum facio, ut des, esse de dolo actionem : qoia aut facienti mihi nihil absit, aut in dantem nihil transferatur : observetur, ejusmodi esse superiorem speciem, qua tota hæc distinctio evidenter refellatur. Nam et tibi sarcienti, aut polienti abest opera, quam aliis in rebus, et aliis hominibus locare potuisses, quo facto mercedem operæ esses consecutus: et præterea in me, cujus vestimenta sarsisti, aut polivisti, fructum operæ confers, ut qui jam vestimenta sarta et polita habere incipiam, quæ prius lacera erant, ruptave, aut rudia, et infecta.

CAP. XIV.

Argumenta non dubia; quibus evincitur, actionem præscriptis verbis non minus competere, cum facio, ut des, quam in aliis tribus generibus.

SUMMARIA.

1. *Negotium omne inter aliquos gestum, quod in aliud nomen non transit, parere actionem civilem præscriptis verbis.*
2. *Negotium geri inter aliquos dici in usu juris, non solum cum do, ut des, vel facias, sed etiam cum facio, ut des, vel facias.*
3. *Cum facio, ut des, negotium ut plurimum simile esse emptioni et venditioni, similiter ut cum do, ut des : ideo et in utroque recte pariter admitti præscriptis verbis actionem.*
4. *Sive facio, ut des, sive Do, ut facias, utrobique geri negotium idem, et id simile locationi : ideo ut in hoc, sic illo pariter admittendam actionem præscriptis verbis.*
5. *Cum Facio, ut des, et cum Facio, ut facias, unam et eandem in utroque negotio esse caussam obligationis et actionis ; ideo cum in posteriore sit actio præscriptis verbis, necesse esse et in priore admitti.*

Hi fere loci sunt, quibus maxime superior sententia demonstratur, ut si auctoritas statuentiom quæritur, non sit de ea sententia dubitandum. Age, argumenta hujus sententiæ non minus certa cognoscamus.

1 Principio † hoc pro certo statuerunt veteres, quoties negotium inter aliquos gestum est, sive contractum id quod Aristo συνάλλαγμα vocat, toties oriri inter consentientes jure civili actionem : siquidem res in

al'ud nomen contractus transeat, certam; sin aliter, civilem quidem, sed in factum, seu præscriptis verbis. Indicat hanc sententiam duobus locis Ulpianus, nimirum in *d. L. solent. hoc tit. et L. jurisgentium, in princ. D.*
2 *de pact.* At † idem iisdem illis locis bujus generis negotium esse declarat, non solum cum do aliquid certa lege, puta ut des quid vicissim, aut facias: sed etiam cum facio hac ipsa lege, ut des, vel facias: et nominatim id confirmat in hac specie, cum facio ut des. Quid restat igitur, nisi ut ex hoc genere tanquam negotio civili gesto sit civilis actio præscriptis verbis? Sed mittamus Ulpianum, ne quis forte causetur eum a nobis citari, a quo fortasse Paulus de cujus sententia nunc quæritur, in hac quæstione dissenserit. Ipso auctore Paulo utamur. Et in cæteris omnibus generibus nominatim Paulum dedisse actionem præscriptis verbis constat. Id si sine ratione facit, et tantum eo dicit, quia eo jure utamur, quanquam id in jure, ac præsertim in Jurisconsulto ferendum non est: tamen si id ita est, sileamus, et ut sine ratione dicitur: ita et sine ratione constitutum, si libet, sequamur. Sin id non sine ratione dicitur: et ratio etiam, cur ab eo dicatur, certa est; necesse est, si par aut eadem ratio in hac specie reperitur, cum facio, ut des; idem jus in ea statui debere. Ac cur detur hæc actio in ea specie, cum do, ut des, ratio ab illo exposita est in *L. naturalis*, §. *ult.* quia sit videlicet species similis emptioni. Cui sane hanc speciem, cum facio, ut des, per omnia comparare non possumus; sed quid refert, si cum facio, ut des, in eo negotio illa interveniunt, propter quæ ex superiore genere tanquam ex emptione et venditione hæc actio danda est?
3 Cur † ergo cum do, ut des, negotium emptioni simile habeatur? quia permutatio est ubi uni res abest, quam confert in alterum, ut vicissim rem aliam ab eo accipiat. At ut plurimum ita fit in hac specie, cum facio, ut des. Quid enim interest, utrum dem ancillam, an eam, quæ apud te in contubernio est, manumittam, ut mihi Pamphilum des? Cum dedi ancillam, in te confero aliquid; et cum manumisi eam, quæ in contubernio tuo erat, hoc confero, ut liberam apud te habeas; et ut apud te eam non babeas: tamen vel hoc confero, ut voluntati tuæ mos geratur; vel certe confero libertatem in illam, quam manumitto; quod cum tua voluntate facio, perinde haberi debet, ac si in te contulissem. Arg. *L. solutam*, *C. de solut.* Quod, cum sarcio, aut polio vestimenta tua, ut mihi Stichum des, an minus mihi abest, aut in te confero, quam si aliquid darem, ut mihi dares? Jam dixi et mihi hic abesse operam, ac mercedem operæ, et per vestimenta sarta, aut polita fructum operæ in te transferri,

Sed quoniam in plerisque tantum caussis bujus generis ista eveniunt, non autem in omnibus, neque per omnia unum negotium alteri simile est; dici potuit non effici hoc argumento, ut in omnibus caussis, in quibus facio, ut des, actio præscriptis verbis dari debeat. Immo cætera duo negotia, illa dico, cum do, ut facias, et cum facio, ut facias, ita conveniunt, aut certe ita convenit ratio, propter quam in illis datur actio præscriptis verbis, ut aut ob eam caussam in illis hæc actio danda non sit, aut si recipitur, sit quoque et in ea specie, de qua quæritur, pariter admittenda. Nam † ut ab eo 4
genere ordiar, cum do, ut facias, quid est, cur si posteaquam dedi, cesses facere, et velim consequi, ut facias, aut præstas, quanti interest mea, placet esse mihi eo numine actionem præscriptis verbis? Dubitaremus, nisi Paulus ipsa expressisset in *d. L. naturalis*, §. *ult.* Id eo fieri ostendit: quia sit hoc negotium simile locationi. Atqui in hoc negotio, cum facio, ut des, eadem omnino locatio est: aut si de similitudine locationis quæritur, est locationis similitudo plane eadem. Cur enim locationi simile est, cum do ut facias? Nempe quia, ut in locatione facti unus dat pecuniam pro opera; alter pro pecunia operam præbet: sic in hac specie unus est, a quo res pro opera; alter, a quo opera pro re proficiscatur. Itaque ego conductori similis, quasi qui operam tuam rem conducam; tu similis locatori, qui pro re tanquam pro pecunia operam tuam mihi impendas. At eædem personæ dantis et accipientis, eademque facta versantur in eo genere, cum facio, ut des. Perspicuum est enim et hic unum esse, qui operam suam præbeat pro re, alterum, qui rem det pro opera, quam accipit. Est igitur utrobique aut eadem locatio, aut negotium, quod pariter referat locationem et conductionem. Si quid interest, solum hoc interest, quod in priore ego quasi conductor sum, tu locator operæ: in posteriore ego quasi locator operæ, tu conductor. Sed hoc ad contrahendam, aut impediendam conductionem quid pertinet? Sive ego locator sim, tu conductor: sive ego conductor, tu locator, semper locatio et conductio est: aut si quod negotium simile incidit, id simile est locationi et conductioni. Et sane audire cupio, qui fateatur, cum do tibi decem, ut tabulam mihi pingas, locatio-

nem et conductionem esse: idem neget locationem contrahi, cum ego pingo tibi tabulam, ut mihi decem des. Nam qui prius in persona dantis conductionem esse dixit, idem dixit in persona pingentis esse locationem: quod nunc negat, cum eum, prius pinxit, ut acciperet, negat esse locatorem. Postremo eb ntro initium dandi, aut faciendi nascatur in conductione nihil interest. Ordire ab eo, qui dat; erit quidem conductio, quæ in locationem desinet. Sit initiuoi ab eo, qui faciet: erit locatio, quæ desinet in conductionem: interim idem contractus utrobique locationis et conductionis. Quod si verba pauli urgere volemus, facile obtinebimus magis locationi similem esse contractum, cum fecio, ut des, quam cum do, ut facies. Nam cum facio, ut des, quasi loco operem, tu conducis: sic fit, ut si a me initium contractus æstimetur, dicendum sit, esse contractum similem locationi et conductioni. Sed verba non cavillabor, ut qui sciam veteres locetionis et conductionis verbo, itidem ut emptionis et venditionis promiscue usos esse, ut uno utrumque significarent, *L. vetere, et L. seq. D. de act. empt.* Hoc dico, si res spectabitur, in omni operæ locatione esse unum, qui det, alterum, qui faciat: et in quo contracto horum utrumque sit, eum aut locationem, aut similem locationi habere debere. Ridiculum autem esse, si quis ab eo ordiens qui dat, dicat esse locationem.; ordiens entem ab eo, qui facit, neget eandem esse locetionem: com si ille, qui dat, conductor est, necesse sit eum, qui contra faeere debet, locatorem intelligi. Quod si is locator tunc intelligitur, cum nondum fecit, sed facere debet: quanto magis pro locatore tunc habendus est, cum jam fecit, ut acciperet? Neque vero pro locatore haberi debet, quia ex edversu is, qui debuit dare, pro conductore intelligatur. Quamobrem res dubitationem non hebet, quin, ut proposui, negotium non minus locationi et conductioni simili sit, cum facio, ut des, quam cum do, ut facias.

Porro jam dixi, Paulum ipsum id docere, ideo ex negotio, do, ut facias, actionem præscriptis verbis nasci; quie contractus sit similis locationi: Nec vero, jure fieri aliter potest, quam ut quibus in caussis eadem ratio sit, in his jus idem statuatur. *L. illud, D. ad L. Aquil. L. a Titio. D. de verb. obl.* Ex quo efficitur; et in eo negotio, cum facio, ut des: ei, qui fecit, eendem actionem dari debere. Sed † esto, distet aliquid in hac quæstione, utrum dem, ut facias, an vero e converso feciem, ut des, ut quæ in uno genere actio in factum civilis prodita est, non continuo in altero esse debeat. At certe omnibus bonis et æquis judicibus vincam, necesse est, in caussis obligationis hanc esse condictionem et coniunctionem horum duorum contractuum: cum fecio, ut facias, et cum facio, ut des; ut si in priore genere detur actio præscriptis verbis, non possit, quin sit et in altero. Propone hoc modo; manumisi servum meum, ut tuum manumitteres quo exemplo Paulus utitur *in d. L. naturalis*, obligari te mihi ex conventione constat, ut tuum manumittas; Cur? quia prius manumisi meum, et præterea pactus es te tuum manumissurum; neque præterea alia obligandi tui caussa est, nihil enim ad rem pertinet, quod promisisti te facturum, non daturum. Non res, quæ in obligationem deducitur, obligationem facit, sed conventio: quæ sive in dando, sive in faciendo sit, pariter promissor obligatur, qui se daturum, aut facturum promisit *L. 2. in pr. L. 5. §. stipulatio., D. de verb. obl. §. ult. Inst. eo.* Imo vero, si quid res promissæ ad obligationem contrahendam pertinerent, citius obligaretur is, qui promisit se quid daturum, quam qui se facturum promisit, quia certius est, quod dari promittitur; *d. §. ult. Inst. de verb. obl.* ut dicendum sit si obligatur is, qui promisit se facturum, multo magis eum, qui se daturum promisit, obligari. Ergo cum manumisi, ut manumitteres, et generaliter cum feci ut faceres, duæ sunt tantum caussæ, cur mihi jure civili obligeris: manumissio mea, seu factum meum, et tua conventio, qua te in hoc obligasti, ut vicissim quid præstares. Atqui cum manumisi servum, ut tuum mihi dares, id est, cum feci, ut dares, totidem sunt obligandi tui caussæ, ut mihi des, non dico pares, ut similes, sed plene eædem omni ex parte; nam et manumisi servum meum, ut prius, et tu te quid præstaturum pectus es, et parvi refert, quod promisisti te daturum. Nam, ut jam dixi, tanto magis obligari te oportet ex hac conventione, quia certum promisisti. Ex quo, quis non videt in utroque negotio in eodem facto, eademque conventione, et iisdem obligationis caussis adversus eum, qui se daturum, aut facturum promisit, eandem actionem pariter esse oportere? At constat, Paulum in ea specie, cum facio, ut facias, dare præscriptis verbis actionem: sit igitur eodem auctore et tunc, cum feci, ut dares.

CAP. XV.

Cum facio, ut des, non tantum esse actionem præscriptis verbis, cum nullus tuus dolus arguetur, sed etiamsi arguatur.

SUMMARIA.

1. *In* §. quod si faciam, L. naturalis, *Pauli verba nullum admittere distinctionem, ut de dolo detur, si postquam feci, cesses dare.*
2. *Si cum feci, ut dares, est mihi actio præscriptis verbis adversus te, ubi nullus tuus dolus arguatur, quominus des: necesse esse, et tuum dari, cum dolo non des.*
3. *Ex quo facto aliqua mihi adversus te actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodem generaliter eandem esse actionem, cum dolus tuus accesserit.*
4. *Errare eos, qui putant, cum quis promisit se daturum rem alienam sciens et dolo malo, ut quid facerem: ideo conventionem non valere, quasi dolo malo factam.*
5. *Pacta dolo facta servanda non esse adversus eum, qui deceptus est; adversus eum, qui decepit, contra.*

HIS rebus victi eruditi interpretes plerique admiserunt etiam in hac specie, cum facio, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, esse præcriptis verbis actionem: sed tunc, cum nullus dolus tuus arguetur; sin arguatur, hoc tuentur, de dolo dari. Id eo faciunt: quia dolo dari negare non audient, cum tam aperte dicat Paulus eum in hac specie competere: sed quod verbum concedere videtur, id accipiunt, ut dicant Paulum de eo sentire, qui me deceperit sciens. Nam quomodo esset de dolo adversus eum, qui dolum non adhibuisset? Ita adversus eum, qui dolo nihil fecit, relinquitur præscriptis verbis actio ex suprascriptis locis. Ne quis autem eam distinctionem repudiet, videtur expressa esse in *L. solent, hoc tit.* ubi Ulpianus in extremo ita scribit, *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*, sed præcipue in *L. naturalis*, §. *sed si dedi, eod.* ubi Pauli ipsius ita verba sunt; *si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem.* Sed dum hoc incommodum vitare volunt, ne contra Pauli verba faciant, in eos locos, easque ipsas rationes, quibus supra usi sumus, incurrunt. Nam primum quale est illud exemplum facti, cum das mihi vestimenta tua polienda, ut postea des, quantum inter nos statutum sit? an si polio; nec pateris quidquam statui, sed mihi illudis, abs te decipi non videor? nusquam magis; et tamen nihil amplius datur in hac specie, quam præscriptis verbis in *d. L. si tibi polienda, h. t.* Quid, cum do, ut facias, et posteaquam dedi, cessas facere? an si sciens prudens non facias, quod possis: aut etiam dolo feceris, quominus præstare posses, quod te oportuit, mihi actio de dolo adversus te dabitur, non etiam præscriptis verbis? Finge me tibi dedisse ancillam, ut Pamphilum manumitteres; ancillam acceptam a te manumissam. Pamphilum dolo alienatum, ne eum manumitteres, et ita me abs te decipi. Sed nihil amplius in hac specie dat Paulus, quam præscriptis verbis actionem. *d. L. naturalis, §. cum do, et seq. hoc tit.* Neque quisquam hic distinguendum putat, utrum ideo non manumittas, quia non possis, an ideo, quia nolis, et data opera me decipias. Idemque fieri dicimus, cum feci ut faceres, et posteaquam feci, fidem fallis. *d. L. naturalis, §. ult.* Atqui quibus de caussis dator præcriptis verbis actio in superioribus generibus duobus; iisdem de caussis, et in hac specie, cum facio, ut des, eam actionem dari diximus, et probasse satis videmur. Quibus efficitur, et in hac specie sic eandem actionem dari, ut quamvis dolo facias, ne mihi des, nihilominus tamen eadem illa actione mihi tenearis.

Quod † si locus Pauli eos movet, ut hac distinctione utantur, videant etiam atque etiam, ne quamvis hanc distinctionem admiserimus, tamen non expediant. Paulus enim nihil distinguens, utrum dolo non des, an sine dolo, simpliciter definit in hac spe- 1

cie, cum facio, ut des nullam esse actionem civilem. Si hoc sic accipiendum est, si dolus tuus arguatur, quod dixit ipse supra, *in ead. L. naturalis, §. sed si dedi.* et Ulpianus in *d. L. solent, in fin.* si id, inquam, sic intelligendum est: cur non et in superioribus generibus, et in eo, quod sequitur, ex dolo adversarii eandem distinctionem introducemus? Quod si admittenda est: cur hoc genus, cum facio, ut des, a superioribus distinxit? Ex quo apparet, etsi superiores loci, et argumenta quæ dixi, non obstarent; tamen ne sic quidem satis eam distinctionem ad locum Pauli tuendum convenire, si quis Paulum de eo, quod dari debuit ex hac conventione, sensisse intelligat. Sed repudio jam hæc omnia, si illis videtur, quasi dubia et incerta, nec satis idonea, quæ ad istam di-
2 stinctionem reiiciendam afferantur. Id † sumo, quod in hac distinctione ab illis datur, quod et ipsum per se verissimum est: quod si quis neget statui in *d. L. solent, hoc tit.* idem neget, solem meridie lucere. in hac specie nimirum, cum facio, ut des, saltem tunc præscriptis verbis actionem dari, cum nullus tuus dolus arguatur. Hoc posito, ajo quæstionem tolli, et vel hoc unum, satis argumenti esse, ut convincatur etiam, tunc, eandem actionem adversus te dari debere, cum aliquis dolus tuus in ea re arguetur. Quamobrem? quia dolus tuus neque factum meum, neque conventionem nostram mutavit, sed confirmavit potius. Quid enim, cum Stichum manumisi, ut mihi Pamphilum dares, an eo minus tu promisisti te Pamphilum daturum, aut ego minus Stichum manumisi, quia tu Pamphilum promissum alienum esse sciebas? Imo ego ideo vere manumisi, quia Pamphilum mihi eram de te pollicitus; et tu eo magis promisisti, quo facilius me ad manumittendum meum, induceres. Neque porro aliæ sunt caussæ, cur nullo dolo tuo interveniente mihi tenearis, quam hæ duæ, quod manumisi Stichum, quem manumitti placuerat, et quod convenit, ut eo nomine mihi Pamphilum dares. Ita necesse est omnino in eodem facto, eademque conventione eandem esse actionem.
3 Et † ne hic hæsitemus, generaliter definiendum est: quoties in contractu aliquo ex facto tuo mihi aliqua actio constituta est, cum nihil dolo fecisti, ex eodem facto eandem actionem esse etiam tunc, cum dolus tuus accesserit. Ut puta, fecisti aliquid in re, quam mihi vendidisti, quo res deterior fieret, et fecisti imprudens, teneris mihi ex empto, ut culpam præstes: idem si dolo fecisti, non alia erit actio, quam ex empto. *L. et eleganter, § non solum, D. de dol.* Ne-
que † verendum est, credo, ne nobis hoc 4
argumentum excutiat quorundam ratio, qui dolo tuo interveniente in quovis contractu eandem actionem admittunt, quæ sine dolo tuo futura essent, si modo et ta dolum adhibente contractus valeat; verum in proposito cum manumisi ancillam, ut Pamphilum mihi dares, si sciens alienum promisisti, disputant nullam esse conventionem, nullam hinc obligationem civilem nasci: ut proinde non alia hinc relinquatur mihi actio adversus te, quam de dolo. Dicerent illi aliquid, si quod dicunt nullam hic conventionem esse, id probarent. Nunc autem quid afferunt? nempe, inquiunt, pactio mala fide de dolo malo interposita non parit obligationem, ne naturalem quidem. Quasi vero hæc conventio, de qua agitur, idest, qua mihi Pamphilum alienum sciens promisisti, dolo malo facta dici debeat, quod si putant, longe errant. Ea enim demum promissio et pactio dolo malo facta putanda est, in qua qui promittit, deceptus est, ut promitteret, et ita dolo obligaretur; non is, cui promissum est: quod in hac specie contra fit, ubi ego: qui manumisi servum meum, decipior quidem; sed in manumissione, non ulla promissione mea, aut obligatione; quippe qui nihil omnino promittam, aut ulla in re tibi obliger: tu vero promittis quidem, seu pacisceris Pamphilum te daturum; sed in eo non deciperis, quantumvis sciens promiseris alienum, sciens enim prudens promisisti, non circumventus. Tum autem etsi daremus, hanc promissionem tuam de servo mihi dando dolo factam esse: tamen non concederemus, ideo esse inutilem, seu actionem non parere, ubi
a tuis partibus dolus est. Quod † enim dicitur 5
in edicto Prætoris, pacta dolo malo facta non servari, sic accipiendum est: ut ne serventur adversus eum, qui est deceptus, cui dolus adversarii nocere non debet; cæterum adversus eum, qui decepit, certi juris est, pactionem ejus ita valere, ut non magis valeret, si dolum non adhibuisset. Quod in transactione constitutum scimus adversus eum, qui transactionem dolo malo factam rescindi postularet, cum ab ejus partibus dolus versaretur, *L. transactione finita, 30. Cod. de transact.* Et ut certius intelligant isti, quid de hac ratione judicandum sit, considerent, ea admissa quid consequatur. Nempe hoc consequens est, etiam in aliis contractibus incertis, puta cum do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias, nullam esse civilem obligationem, si Pamphilum, quem mihi dare, aut manumittere debeas, scivisti esse alienum, et

me decepisti. Ita etiam fiet, ut sit mihi hoc casu etiam in his actio de dolo dumtaxat, non præscriptis verbis. Quod sententiæ Pauli ex diametro adversatur; qui in tota illa disputatione *L. naturalis*. nihil aliud docet, quam si non des, aut facias, quod convenit in suprascriptis contractibus, semper propopositam esse præscriptis verbis actionem. Quod si ne illi quidem ipsi, qui novam istam rationem tam ingeniose nobis exscogitarunt, inficiari audent: fateantur aut falsam eam rationem esse, aut ad eum, qui decipiens, non deceptus promittat, quo de nunc agitur non pertinere, aut quod est verius, utrumque concedant. Manebit, igitur, si cum feci, ut dares, est præscriptis verbis actio, eum ignorans, et sine dolo rem alienam promisisti: etiam tum esse debere, eum promisisti sciens, et me decepisti. Prius esse inter omnes convenit, nisi si qui sint, qui contradicendi studio, aut constantiæ caussa, ea, quæ sunt certissima, negare audeant. Si prius, ergo et posterius.

CAP. XVI.

Cum facio, ut des, sic esse actionem præscriptis verbis etiam adversus eum, qui sciens fallit, ut non sit de dolo.

SUMMARIA.

1. *De dolo actionem nunquam esse, ubi constet competere actionem præscriptis verbis.*
2. *De dolo actio sicubi competit, etiam actione in factum temperata agi posse: at non si in factum actio competit: interveniente dolo, competit de dolo actio.*

Effectum est igitur illud, quod mihi hac usque cum doctissimo interprete Francisco Duareno convenit, omnimodo ex hac specie, cum facio, ut des, si posteaquam feci, cessas dare, esse actionem præscriptis verbis. Hoc non convenit, quod jam sequitur: nam cum statuisset ille esse præscriptis verbis, ut diximus: ex adverso autem scriptum esset a Paulo in dicto §. *quod si faciam*, *L. naturalis*, in hac specie de dolo dari: ille ad hæc concilianda hoc attulit, ut diceret utramque actionem competere et de dolo, et præscriptis verbis. Quod a multis notatum scio; et recte judicio meo. Refellitur enim non obscure ea parte edicti, quæ est de dolo: qua scimus actionem de dolo non alia conditionem propositam esse, quam si alia actio non erit. *L.*
1 *1. D. de dol.* Quod † eam vim habet, ut si præscriptis verbis hic detur, ut datur, non sit locus actioni de dolo. Non enim satis defendi potest, quod ille ait, in eo edicto actionis nomen de actione certa interpretandum esse idest, ea, quæ proprie et specialiter ita dicitur. Nam illud contra sic ab omnibus veteribus juris auctoribus acceptum est: ut eo verbo non tantum contineretur ea quæ vere est actio, sed etiam omnis defensio, quæ vim haberet juris nostri obtinendi etiam per exceptionem, *L. 1. §. ait, prætor, D. de dol.* Quanto magi omnis petitio hoc verbo continebitur, quæ actionis verbo significatur magis, quam exceptio, in quo numero est actio præscriptis verbis? Denique bene annotatum est a Barone scriptum esse in *L. si quis affirmavit, §. Labeo, D. de dol.* ubi præscriptis verbis actio est, ibi de dolo cessare. Non † me 2
movet, quod ille dicit, eum, cui actio de dolo competit, posse actionem verbis in factum temperare, ut doli mentio detrahatur, *L. rei quam, D. de dol. L. cum reus, D. de fidejus.* Hoc enim de eo recte dicitur, cui constet prius actionem de dolo dari. Sane vero cui actio de dolo datur, huic licere debet, actione verbis in factum temperata experiri, et de jure suo aliquid remittere, cui etiam in totum non agere licuit. Et siquidem in hac specie, de qua agitur, constaret competere de dolo actionem, ultro faterer potius in factum agere licere. Nunc autem de eo quæstio est, an sit hic de dolo actio: quod nos negamus, et recte negamus: quia in eadem conventione sit præscriptis verbis actio, si dolus tuus nullus intervenerit: ut proinde dolo tuo interveniente eadem esse debeat. In summa si de dolo actio alicubi competit, recte dicitur ibi et de eo in factum actionem esse; sed non si in factum actio est: ideo dixeris esse etiam actionem de dolo. Tunc solum utrique locus est, cum nullo dolo interveniente adversarii, nulla est adversus eum actio. Sic enim fit, ut dolo ejus

intervenlente, eum ex ipso genere facti nulla alia actio sit, ipse dolus actioni de dolo locum faciat, et propter cam actionem locum habeat actio in factum. At utrique locus esse non potest. ubi ex ipso facto et conventione est adversus aliquem omnimodo actio, id est, etsi ejus nullus dolus arguatur. Nam qui sine dolo suo aliqua actione tenetur eum necesse est, et dolo ejus interveniente in eadem caussa, et conventione eadem actione multo magis teneri: qua constituta sic actor ea utetur, ut de dolo agere non possit.

CAP. XVII.

Explicantur, et diluuntur 11. loci, quibus in hac specie, cum facio, ut des, actio de dolo ad id, quod dari videtur: ac primum *L. cum proponas. C. de dol.*

Quid igitur nobis relinquitur, constituta in hac specie, eum facio, ut des præscriptis verbis actione, nisi ut de dolo competere negemus? quod et initio fecimus: et, si nobis constare volumus, omnino ita faciendum est. Nec dubito, quin et docti homines idem facturi fuerint, nisi multi loci objicerentur, in quibus scriptum videtur in hac specie de dolo actionem dari. Ergo hic labor nobis reliquus est, ut ostendamus nihil tale dici in illis locis, qui putantur contrarii. Quod si obtinebimus: opinor, sententia utilis et dilucida constituta est. et brevi opera magna et gravi molestia liberati sumus: quam suscipere cogimur, sed frustra, in illis conciliandis. quæ, diversa sententia admissa, inter se conciliari nullo modo possunt.

Ac superiori sententiæ quatuor fere loci opponuntur. Primum *L. cum proponas. C. de dol.* Manumisi ancillam, ut mihi Pamphilum des, neque postea fidem servas. Illic ita scriptum est. revocandæ libertatis me potestatem non habere; sed solum, si nec dum statutum tempus excesserit, desiderare debere de dolo mihi decerni actionem. Et de eo rescripto idem mihi videtur, quod Bartolo, non agi in eo de Pamphilo dando, qui mihi a te promissus est; sed solum de ancilla mea manumissa revocanda; quam ad rem eum omnis alia conditio deficiat, quia libertas non possit revocari: ideo recte dicitur, solam de dolo actionem in eam rem competere. Quod ex verbis tum præcedentibus, tum sequentibus liquido colligi potest. Nam initio cum denegatur actio, de manumissa in servitutem revocanda denegatur. *Revocandæ*, inquiunt Impp. *libertatis potestatem non habes:* ut quod continetur subjicitur de actione de dolo dando, ad speciem præcedentem referri debeat de ancilla. Deinde in extremo cum alio actio. quam de dolo datur, non de Pamphilo datur; sed rursum de ancilla repetenda: ut appareat, quod dixi, unam illic de ancilla, quæ a me manumitti debuit, fuisse quæstionem, de qua sub distinctione respondetur: ut si quidem manumissa est, non possit libertas revocari: proinde nec ea, quæ manumissa est; si nondum est manumissa. et nec dum a me tibi tradita, tum et ancilla. et ii. qui ex ea nati sunt, revocari possint. Ac confirmatur id præcipue ex eo jure, quod de specie illic proposita constituitur. Observandum est enim diligenter, actionem de dolo, quæ illic decernitur, non dari tantum, cum manumissi ancillam, ut mihi Pamphilum dares: sed etiam cum tibi dedi ancillam, ut Pamphilum dares. Scio tentare Accursium. ut efficiat nihil amplius illic esse, quam id negotium, in quo feci, idest, manumissi ancillam, ut alium servum dares, sed frustra, eum factum proponatur hoc modo, tradidisse me videlicet tibi ancillam, ut mihi alium servum dares, te autem ancillam acceptam manumisisse. Quod quidem nihil aliud declarat quam me ancillam tibi dedisse, id est, tuam fecisse: neque enim manumittere potuisti, nisi dominus esses. *L. in prin. et in fin. C. de manumiss.* Ex quo intelligitur, quæ illic actio de dolo decernitur, eam in illa specie decerni, eum dedi ancillam, ut mihi Pamphirum dares. At hoc de Pamphilo petendo accipi non potest: eum certo constet eo nomine præscriptis verbis actionem dari. *d. L. naturalis, in prin.* Ita fit, ut quæ illic actio est de dolo, ea de ancilla manumissa solum proponi intelligatur.

CAP. XVIII.

In *L. solent, D. de præs. ver.* non esse sententiam Ulpiani, ut cum feci, ut dares, et dolo cessas dare, sit eo nomine de dolo actio.

Secundo loco objicitur nobis *L. solent, hoc tit.* ubi Ulpianus illis verbis, quæ sunt in extremo. *nisi si quis dicat*, videtur in hac specie, cum indicavi tibi furem, ut mihi decem dares, et non das actionem de dolo dare, si tuus dolus arguatur. Sed jam dixi illa verba non corrigeris esse, sed confirmantis potius priorem sententiam, quasi aut nemo id dicturus sit, quod subjiciat; aut si quis dicat, id contemnat, nec putet egere refutatione. In quo non necesse est repetere omnia, quæ supra diximus. Tantum dicam, non esse hanc mentem Ulpiani, ut his verbis mutet priorem sententiam, vel hinc facile intelligi posse, quod illam sententiam non simpliciter, aut dubitanter posuerit, sed addita ratione, ex qua intelligeretur ipsum non dubitare, quin in ea specie actio, et ea civilis daretur, nempe præscriptis verbis. Si ab ea sententia vellet discedere, prius eum superiorem rationem infirmare oportuit. Nunc autem tantum abest, ut id faciat, ut etiam alio loco quam maxime confirmet, atque ea ad refellendum Julianum, qui in diversa sententia erat, utatur, *L. jurisgentium, in prin. D. de pact.* Illud non prætermittam, quod et supra pluribus docui, etsi daremus actionem de dolo esse, ubi tuus dolus arguatur: tamen ex sententia superiore Ulpiani, quæ eo loco exposita erat, saltem hoc relinqui, ut ubi nullus tuus dolus sit, illic competat præscriptis verbis actio. Atqui, hoc concesso, consequens est, ut dixi, etiam cum dolus tuus arguetur, esse actionem præscriptis verbis, ut in eadem conventione et facto. Quamobrem superior locus ejusmodi est, ut utro modo posteriora verba interpretemur, utroque pariter in eos, qui contra sentiant, is locus convertatur.

CAP. XIX.

Explicatur *L. naturalis*, §. 1. illic; *Sed si dedi, de præsc. verb.* simul *L. jurisgentium, in prin.* illic; *Et ideo puto*, D. *de pact.*

SUMMARIA.

1. *In* §. sed si dedi, L. naturalis, de præsc. ver. *Juliani sententiam referri, non probari, et* num. 7.
2. In factum actionem a prætore dandam *in* L. jurisgentium, in pr. de pact. *significare dandam esse a prætore actionem de dolo, non autem actionem in factum prætoriam distinctam a civili in factum, et* num. 3.
3. In factum civilem, *quod legitur in* §. sed si dedi, L. naturalis, de præscrip. ver. *recte legi, et locum minime corruptum a Triboniano.*
4. *Non* §. sed si dedi, L. naturalis, *emendum ex* L. jurisgentium, in prine. de pactis, *sed verbum actionis in factum, quod est ambiguum, in* L. jurisgentium, *ex* §. sed si dedi, *interpretandum.*
5. *Julianus quid senserit, et in quo a Mauritiano et Ulpiano sit reprehensus in* L. jurisgentium, in princ. de pact.
6. *Cum feci, ut dares, et posteaquam feci, cessas dare, actionem præscriptis verbis mihi dari ab Ulpiano etiam tunc, cum sciens me decepisti, in* L. jurisgentium, in prin. de pact.
7. *Referri sæpe sententiam aliorum a Jurisconsultis in Pandectis sine ulla reprehensione, ubi tamen sententia non probatur.*

QUÆ sequuntur, plus videntur difficultatis habere ad explicandum: ex quibus citatur tertio loco id, quod est in *L. naturalis*, §. *sed si dedi*, hoc tit. *Dedi tibi servum, ut servum*

tuum manumitteres: manumisisti, et is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi, inquit Paulus, *de dolo in me dandam actionem Julianus scribit; si ignorans, in factum civilem.* Hic ego, si cum his sentirem, qui in hac specie dicunt esse, ut ipsi loquuntur, ut facias, videri fortasse quibusdam possem habere, quo objectionem in speciem eluderem. Dicerem enim in eo genere aliud dici, aliud in eo, de quo quærimus: etsi rationem differentiæ non satis explicare possem. Nunc autem jam supra dixi, quod et verum est, non aliud in proposita specie negotium contrahi, quam id in quo manumisisti, id est, fecisti, ut tibi darem. Et quamvis alterum illud genus esse concederem: tamen etiam in hoc multo minus admitterem, competere actionem de dolo, si posteaquam dedi, non facias: cum in *L. naturalis*, §. *at cum do*, constet non aliam in hac specie dari, quam præscriptis verbis: ut non multum referat ad difficultatem diluendam, utram speciem in supra scripto loco proponi dicamus. Fateor igitur in eo loco Pauli agi de ea specie negotii, de qua quærimus, cum facio, ut des. Nego autem, sive locum de ea specie accipiamus, sive de altera, aliam actionem de sententia Pauli competere, quam præscriptis verbis: si quidem de eo agatur, quod ex conventione dari, aut fieri oporteat: hoc amplius superioribus verbis Pauli id infirmari nego. Observandum est enim, Paulum toto eo loco nihil de specie proposita affirmare; sed tantum quid de ea Julianus scripserit, referre: *de dolo*, inquit *in me dandam actionem Julianus scribit*. Scripsisse † Julianum ait.
1 Num ergo eam sententiam, et ipse probat? Diceremus eum probare, si de ea nihil usquam alibi nominatim scriptum esset. Cur enim referret, nisi quia probaret? Sed si ea sententia alibi improbatur nominatim, non est, quod dubitemus Pauli locum sic accipiendum esse: ut dicat quid Julianum scripsisse; cæterum non affirmet id sequendum esse: sed aut ipse improbet, aut certe in medio relinquat: ita fiat etiam, ut res ex aliis locis constituenda sit. Nec multum ad rem facit, si alii erunt, quam Paulus, qui alio loco hanc sententiam improbent: quæ enim in Pandectis scripta sunt, perinde accipienda sunt omnia, quasi nun a Paulo, aut Ulpiano, vel aliis, sed a Justiniano scripta essent. *L.* 1. §. *omnia*. *L.* 2. §. *tanta*, *C. de veter. jur. enuclean.* Jam vero reprehensa est Juliani sententia superior ex professo a Mauriciano et Ulpiano, exstatque confirmatio ejus reprehensionis, quam sequamur in *L. jurisgentium*, *in pr. de pactis*. Quare et hanc ipsam rejicere, contrariam sequi debemus. An autem in eo reprehensus sit a Mauriciano, et Ulpiano Julianus, quod de dolo dedisset, ita intelligi poterit, si statuerimus, quid ille scripserit. Et si vere scriptum est in *d. L. naturalis*, §. *sed si dedi*, *hoc tit.* fuit hæc Juliani distinctio in superiore specie: ut siquidem sciens servum alienum tibi dedi, de dolo in me actio tibi danda sit; si ignorans, in factum civilis, id est, præscriptis verbis. Mauricianus, et hunc † secutus Ulpianus 2
Julianum non reprehendunt, quod ille dixisset, civilem actionem in me dandam: nam hanc ipsam ita dandam esse confirmant, ut solam dicant sufficere. sed hoc reprehendunt, quod ille dixisset interdum actionem a prætore dandam, id enim tum fecit, cum hoc casu actionem de dolo dandam esse dixit. Nam hæc a prætore solum, seu edicto solum prætoris datur: hoc, inquam, reprehendunt illi, quod dicant etiam in hunc casum civilem sufficere, quia negotium civile sit contractum. Sed facile sentio, quid hic nobis ex adverso eruditi homines dicturi sint: non esse nimirum Julianum a Mauriciano, et Ulpiano reprehensum, quod ille dixisset, actionem de dolo in me dandam; sed quod dixisset actionem in factum a prætore dandam, quod plerique omnes sic acceperunt: quasi Julianus ita scripsisset, ut si sciens dedissem tibi servum, qui evictus est, danda esset in me de dolo actio: si ignorans, in factum prætoria. Hic vero Julianum putaverunt hactenus reprehendi, quod hoc casu posteriore dixisset, prætoriam in factum dandam: cum esset in hunc casum civilis; cæterum eam partem sententiæ Juliani, quæ est de actione de dolo non attingi: ita integram manere. Nec deest illis ratio. Nam si Julianus in hac specie partim actionem de dolo dedit, partim actionem in factum civilem ut in *d. L. naturalis*, ex Paulo relatum est, nullus locus relinquitur actioni in factum, quæ a prætore detur: ea enim neque de dolo actio est, neque in factum civilis. Quibus cum objicitur, scriptum esse diserte apud Paulum, scripsisse Julianum, *aut de dolo actionem in me dandam, aut in factum civilem*: respondent locum Pauli a Triboniano interpolatum, et corruptum esse: quod alii factum ita excusant, quasi Tribonianus id posuerit de Juliani sententia, quod ex notis ad Julianum scriptis, de ea servari vellet; alii non sine flagitio id a Triboniano factum damnat. Ego † autem bona venia illos 3
interrogo, unde didicerint Tribonianum non

recte, et fideliter retulisse Juliani, seu Pauli verba; sed pro, *in factum prætoriam*, reposuisse, *in factum civilem*. Quod ad me attinet, cum omne parum tuto affirmari scio, quod si negetur, longius progredi non possis: tum vero periculose puto affirmari, quod ad derogandam publicis scriptis fidem et auctoritatem pertinet: neque vero ullo modo admittendum esse arbitror, nisi apertissime ita faciendum esse convincatur. Quodnam ergo hujus flagitii et corruptelæ argumentum habent? nempe illud unum, quod scriptum sit apud Ulpianum in *d. L. jurisgentium, in pr.* Julianum putasse actionem in factum a prætore dandam, non civilem. At hæc in factum actio, quæ a prætore detur, de actione de dolo accipi potest; non quod idem sit actio in factum, quæ detur a prætore, et actio de dolo; sed quia sæpe in qua specie actio de dolo competit, in ea dicimus actionem in factum a prætori dari, vel quod quæ actio de dolo est intra annum, ea post annum est in factum: vel quod quæ de dolo est, ea in factum potest temperari, et molliore verbo Jurisconsulti interdum uti malunt. Id quidem factum scimus in *L. rei quam, D. de dol.* quod enim illic scriptum est, *actionem in factum cum sua indemnitate competere*, de ea specie scriptum est in qua actionem de dolo competere inter omnes convenit. Non semper ita accipi concedo, et nisi quid ostendat hoc modo accipiendum esse, non esse accipiendum etiam concedo. Interim illud teneo, in eam partem aliquando id verbum accipi et posse
4 et debere. Quod † cum ita sit: quæro, utrum quod est in hoc verbo ambigui; id ex loco Pauli nec ambiguo, nec incerto interpretari debeamus; an contra ex incerto et ambiguo locum certum et diserte scriptum mutare. Perspicuum vero est, quid hic fieri conveniat, nempe incerta ex certis, et minime ambiguis interpretari et confirmare: non item certa ex incertis convellere aut evertere debemus: præsertim si ad sententiam, quam ex locis certis effici dicimus, vera ratio et aliarum partium juris consensus accesserit.
5 Sic † igitur, opinor, recte dicemus, scripserat Julianus: si ego sciens alienum servum tibi dedi, ut tuum manumitteres, et manumisisti, dandam in me de dolo actionem; si ignorans dedi, in factum civilem: ita hoc scripserat in hac specie, actionem aliquando a prætore dandam. Nam actio, ut dixi, de dolo solum a prætore datur: pro actione de dolo, dixit Ulpianus, scripsisse Julianum actionem in factum a prætore dandam; verum eodem sensu. Solum hoc animadvertendum est, et solum ad rem pertinet, quod Julianus hic actionem a prætore aliquo casu dandam putavit. Quod actionem in factum civilem dedit adversus ignorantem, convenit hoc illi cum Ulpiano et Mauriciano. Quod putavit aliquando, actionem a prætore dandam, sive hanc de dolo esse volumus, sive loco ejus in factum prætoriam verbis temperatam, hoc illud est, quod superioribus improbatur: cum in totum in hac specie adversus me civilis sufficiat, idest, præscriptis verbis. Hic verus est, ut mihi videtur, Ulpiani sensus. Ut † 6
autem planius intelligatur, Ulpianum non hoc solum sentire, actionem præscriptis verbis competere tunc, cum ego ignorans servum alienum dedi; sed etiam in omnem casum, idest, et tunc, cum sciens te decepi: expendatur, quam reprehensionis suæ rationem ille afferat. *Non recte*, inquit, *dixit Julianus in factum actionem a prætore dandam, quia civilis in factum actio*, idest, *præscriptis verbis sufficit*. Cur civili? *quia contractum est*, inquit, *quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde hæc nascitur actio*. Atqui etiam tunc contrahitur obligatio et illud, quod Aristo vocat συνάλλαγμα, cum dedi tibi servum alienum sciens, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti. Unde certissima conjectura ducitur, etiam tum actionem in factum prætoriam eum repudiare, et civilem dare, cum te decepi, ubi hoc esse negotium contractum constat, quod dixi. Quæ si ita sunt, ut non tam probabiliter videantur dici, quam necessario: tantum abest, ut sententia Juliani superior nobis obstet, ut contraria sententia Ulpiani bene constituta, id ipsum statuatur omnino, quod diximus de actione præscriptis verbis omnimodo danda, vel ubi dedi, ut dares, vel ubi feci, ut dares, quanvis utroque casu me deceperis. Illud † fortasse aliquibus novum videbitur, et insolens, 7
quod dixi, Paulum in *d. §. sed si dedi*, ita referre Juliani sententiam, ut non probet: quasi alio consilio retulerit, quam ut illa uteretur, alioqui quid aliud, quam nos irrisit? Sed ne cui hoc ita videatur, sciamus non nunc primum a me dici, referri interdum a Jurisconsultis in Pandectis veterum sententias; quas tamen ii, qui proponuntur eas referre, non probent, aut certe quæ probandæ non sint: sed exemplo a me fieri, atque adeo in locis compluribus omnium consensu esse receptum. Ex multis pauci nunc sufficient. In L. 5. §. *de arbore, supr. de rei vind.* ita scriptum est: *de arbore, quæ in alienum agrum translata coaluit, et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant*, neque quidquam adjicitur eo loco, quo

significetur eam sententiam reprehendi. Sed omnes consentiunt locum sic accipiendum esse: ut ne id probetur: quando hanc sententiam aliis locis certo notari constet, quos ad superiorem illum referimus, ut *L. hoc amplius*, §. *Alfenus*, *D. de dam. inf. L. sed si meis*. §. *arbor*, *D. de acq. rer. domin.* In *L. si fidejussor*, D. de dolo, *si fidejussor promissum animal ante moram occiderit*, de eo Papinianus ita scribit: *de dolo actionem reddi adversus eum oportere, Neratius Priscus et Julianus responderunt: quoniam debitore liberato ipse quoque dimittitur.* At hæc sententia multis locis repudiata est, ut *L. mora*, §. *ult. D. de usur. L. mora*, *D. de verb. obl.* Ne Papinianus quidem ipse probat, etsi referat; sed eam alibi aperte repudiat, in *L. Stichum in pr. D. de solut.* de quo disserui pluribus ad *L. cum filiusfam. D. de verb. obl.* Adde, si videtur, et hos locos. Refertur sententia in *L. servus*. §. *ult. D. de dolo*: non probatur in *L. cum a te*, *D. eod.* Refertur in *L.* 1. §. *per contrarium*, *D. de dot. præl.* non probatur in *L.* 1. §. *item heres*, *D. quand. act. de pec. ann. est.*

CAP. XX.

Hic ex professo excutitur, et explicatur sententia §. *quod si faciam*, *L. naturalis.*

SUMMARIA.

1. §. Quod si faciam, L. naturalis, de præscr. verb. *de eo, quod ex conventione dari debuit, petendo accipi non posse, quin pugnet certo cum aliis locis: atque adeo omnino ita accipi non debere.*
2. §. Quod si faciam, *sententiam esse: de eo, quod factum est, revocando, nullam esse civilem actionem, idest, condictionem; et ideo hoc casu de dolo dari*, et num. 4. *in fin.* et num. 8.
3. *Civilis actionis verbo in* §. quod si faciam, *intelligi debere certam, ut excludat actionem præscriptis verbis: et cur, cum alioqui verbum sit generale.*
4. *Civilis actionis verbo in* §. quod si faciam, *non solum intelligi debere certam, sed etiam talem certam, qualem in prioribus caussis dixerat Paulus, idest, condictionem, et cur.*
5. *Præscriptis verbis actionem esse et dici actionem civilem, et de ea agi a Paulo in tota reliqua tractatione* L. naturalis, *et tamen rem actionis civilis verbo accipi non debere in* §. quod si faciam, *variis rationibus evincitur*, et num. 6.
6. *Errare eos, qui cum facio, ut des, dicunt, ubi dolus tuus nullus arguunt, non præscriptis verbis actionem dandam, sed in factum prætoriam.*
7. *Civilis actionis verbo ut maxime concedamus intellegi actionem præscriptis verbis, in* §. quod si faciam; *tamen nihil profici, nisi ut locus repugnet innumeris aliis: in quo si quæritur, utra sententia cedere alteri debeat: omnia concurrere et in auctoritate plurium, et in æquitate et veritate sententiæ, cur Pauli sententia rejicienda sit.*
8. *Summa sententiæ* §. quod si faciam.
9. *Brevis comprehensio totius tractationis* L. naturalis, *de actionibus, quæ interveniunt in quatuor generibus contractuum incertorum illic propositis.*
10. *Præscriptis verbis actio, an de dolo detur cum facio, ut des, quid intersit.*

Omnium difficillimus ad explicandum locus, et ex quo hæc omnis disceptatio maxime nata est, ad extremum nobis objicitur, *L. naturalis*. §. *quod si faciam*, *h. t.* Sic enim verba sunt Pauli eo loco de proposita specie: ut illam sententiam, quam posui non leviter, aut obscure notare; sed disertis verbis velut ex professo rejicere, et contrariam statuere voluisse videtur. *Quod si faciam*, inquit, *ut des, et postea quam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.* Et † si quis locum ita accipiat, quasi 6
Paulus loquatur etiam de ea parte contractus, qua de re promissa agatur, non autem de ea tantum, in qua agatur de eo, quod factum est, retractando, non est meo judicio, quod quisquam neget hunc locum ex diametro nobis adversari: non est, inquam, quod neget Paulum hoc dicere, denegari in hac specie in totum actionem præscriptis verbis,

et nullam relinqui in omnem casum, nisi
de dolo. Ut enim dederimus, verbo civilis
actionis interdum non significari actionem
præscriptis verbis, ut proinde eo verbo hæc
actio non excludatur; attamen satis excludi-
tur in eo, cum de dolo actionem dari affir-
mat; neque enim actioni de dolo locus esse
potest, si ulla alia competit. Deinde si Pau-
lus actionem tantum certam verbo superiore
excluderet; non erat, quod inde colligeret
actionem de dolo dari. Nam potius ita infer-
ri debuit: et ideo actio præscriptis verbis,
seu in factum civilis dabitur. Nam hæc uti-
que certa non est; et certi juris est, cum de-
ficiunt vulgaria, et usitata actionum nomina,
ad hoc genus actionis descendi et solere et
debere, cum de contractibus agitur. *L.* 1. 2.
et 3. *eod.* Sed hæc ita sunt, inquam, si quis
Paulum de ea parte conventionis loqui pu-
tet, in qua de dando eo, quod promissum
est, agatur. Quod si de eo non loquitur; res
est expedita. Nam de eo, quod factum est re-
vocando, ei qui facit, fatemur nullam esse
actionem civilem; et verum est, ut si de eo
agi potest, consequens sit, unam superesse
eo nomine actionem de dolo. Quid ergo? de
eo, quod promissum est, petendo Paulus non
agit? Si id dicimus, vereor, ne a plerisque
statim hæc sententia rejiciatur prius, quam
inducta pro se caussam dixerit: ab iis præ-
sertim, qui contemptis rationum momentis,
et neglectis aliis locis, qui in contrariam
sententiam tam clare de hac specie scripti
sunt, ad verba tantum Pauli, quæ se hic
ostendunt, adhærescent, et ex his de re tota
judicabunt. Nam verba generaliter scripta
sunt: et Paulo in hac tota quæstione propo-
situm est maxime de eo agere, quod dari,
fieri debuit, ac de eo superioribus §§. præ-
cipue ac illo dictum est: ut si quis hic ne-
get, idem illum sentire, is et verbis videatur
refelli, et scriptoris ipsius sententia. quæ fa-
cile ex præcedentibus colligatur. Sed peto, si
qui tales erunt, ut de re velint cognoscere
attentius: ita etiam spero, cum audierint,
nobis æquiores futuros, et quod ante miram
2 videbatur, ultro probaturus. *Ego* † vero,
Paulum ita interpretari non dubito: quasi
diceret nullam esse in hac specie certam
actionem talem, qualem supra dixit, idest,
nullam condictionem, ex quo bene infert de
dolo dari debere: dum hoc intelligatur, hanc
esse dandam in ea specie, in qua de condi-
ctione quæritur; et tamen ea denegatur. In
summa de eo, quod factum est, repetendo
esse actionem posse; sed non condictionem,
ut in superioribus generibus ostenderat, ideo
hoc casu de dolo dandam. Sed verba nobis
obstant. Quid enim, dixerit aliquis, an non
hæc generalia sunt? an non adeo hæc uni-
versalis oratio est, nullam civilem actionem
fore? qua oratione non una aliqua species
actionis civilis, sed omnis civilis actio ex-
cluditur; proinde non condictio tantum; sed
etiam actio præscriptis verbis, quæ et ipsa
civilis est actio. Itaque cum dicimus condi-
ctionem solum his verbis, non etiam actionem
præscriptis verbis excludi, an non adversan-
tia Paulo dicimus? quis enim ignorat has
orationes sibi invicem adversari: nihil eorum
verum est, et aliquid eorum verum est:
quod a Dialecticis sumptum Julianus posuit
in *L. si is, qui ducenda, §. utrum. D. de reb.*
dub. Et † sane si uno modo civilis actio di 3
catur: hoc ita esse fatendum est, fieri non
posse, quin Paulo adversemur, si cum ille
nullam esse actionem civilem dicit, nos præ-
scriptis verbis actionem esse dicamus. Sed si
verbum ambiguum est, quo Paulus utitur,
cur non in verbo eam significationem sum-
mimus, quæ cum aliis locis, et vera ratione
consentiat, dummodo aliud sensisse Paulum
aperte non probetur; imo vero id ita facien-
dum est. Atqui verum est illud, quod a Fran-
cisco Duareno in hac specie responsum est
ad L. jurisgentium, in pr. D. de pact. ambi-
guum esse verbum civilis actionis: quod et
nos hoc loco recte usurpabimus. Est enim
interdum, cum civilis actio omnem actionem
contineat, quæ ex jure civili est, sive sit ex
verbis, sive sit ex sententia: quomodo si intel-
ligitur, sane etiam præscriptis verbis actio hoc
verbo continetur, est enim hæc ex jure civili,
unde et civilis passim dicitur, de quo postea.
Hoc sensu si fateamur a Paulo dici, nullam
esse civilem actionem, non liceat nobis actio-
nem, præscriptis verbis esse dicere. Sed inter-
dum hoc verbum paulo angustius accipitur,
ut eo significetur non omnis actio, quæ sit ex
jure civili: sed ea, quæ sit ex verbis ipsis
legis, idest, quæ sit certa et solemnis: quæ
propterea per excellentiam ita prope appel-
latur.

Quod cum sit, certum est actionem præ-
scriptis verbis, quæ incerta est, et ex sententia
tantum legis, non ex verbis, hoc verbo non
contineri. Unde cum dicatur in *L. interdictum.*
D. de prec. precarii nomine nullam juris civi-
lis actionem esse; nihil tamen contrarii dici
putamus, cum alibi de precario legimus non
solum interdicto de precario uti nos posse, sed
etiam actione præscriptis verbis. *L. 2. §. 1. L.*
duo §. ult. D. de prec. Id si ita est, si quis jam
ex hoc sensu nullam hic civilem actionem
esse dicat, ut sit, nullam certam et solem-
nem; neque is quidquam alienum a signi-

ficatione verbi et usu loquendi fecerit, simul idem nec præscriptis verbis actionem exeluserit: nos vero id ita hoc loco interpretandum esse contendimus. Sed cur hoc modo, potius, quam illo altero, quem et magis usitatum esse, et a Paulo sæpe antea in eadem disputatione usurpatum scimus? Quia si præscriptis verbis actionem ex iis verbis denegabimus, pugnabit sententia cum tam multis locis, quos supra ostendimus: et præterea efficietur ea absurditas sententiæ, quam nulli adhuc aliter interpretati ulla ratione vitare potuerunt. In quo nihil nostro Marte confingimus, ne quis forte hic nos dicat, divinare; sed regulam juris sequimur, quæ est de ambigui interpretatione; quo præcipitur, ut in ambigua voce legis ea interpretatio sumatur, quæ vitio caret: *L. in ambigua, D. de legib.*
4 Et † hac quidem interpretatione ad superioris loci conciliationem usus est Franciscus Duarenus. Sed non progressus longius, ea responsione consecutus est duntaxat, ut efficeret civilis actionis verbo, quo utitur Paulus non denegari præscriptis verbis actionem; sed ex sententia ejus non est consecutus: nam hoc concesso, nihilominus in eandem fraudem incidit ex eo, quod sequitur. Cum enim colligit Paulus: *et ideo de dolo dabitur*, satis significat se etiam actionem præscriptis verbis excludere: aut certe illud admittendum erit, unam cum altera concurrere, quod pugnat cum edicto de dolo. Ita dum unam difficultatem vitat, in aliam incidit non paulo minorem. Quare hoc addemus, actionis civilis verba hic intelligi debere certam quidem actionem et vulgarem, ut diximus; sed non quamvis certam verum eam, de qua Paulo in ea disputatione est sermo: ut sic generalitas verbi ad institutum Pauli accommodetur, nec ad alia pertineat, quam ad ea, de quibus ante a Paulo actum est, nam et generalem transactionem eodem modo interpretamur, *L. si de certa, C. de transact.* Porro certa illa actio, de qua egit antea, condictio est ob caussam dati, quam in superioribus duabus speciebus competere dixerat, si quis vellet repetere, quod dedit. Quapropter certam actionem, qualem supra dixerat, in hac specie competere negans, condictionem competere negat. Ex quo jam recte colligit actionem de dolo dari: hoc sentiens videlicet, eo casu dandam, quo casu condictio requiritur, et tamen non competit. Quæ nos eo deducunt, ut intelligamus eum, de eo, quod factum est, retractando agere: in eo removere condictionem: ita plane consequens esse, ut sit eo nomine actio de dolo.

Hæc verbis huc usque satis convenire nemo negabit. Sed nihil ad rem verba faciunt, dicet quispiam, si adversatur scriptoris sententia; quæ in omni scriptu præcipue spectanda est *L. in ambigua, D. de leg. L. pen. D. ad exh.* Jam † vero quæ res in ob- 5
scura voluntate scriptoris spectari jubentur, ex quibus mens et voluntas conjicitur: usus verbi, consuetudo ejus qui loquitur, ea quæ præcesserunt, quæque sequuntur: *L. si servus plurium, 50, §. ult. D. de legat.* 1. ea omnia hic concurrunt, ut Paulus actionis civilis verbo actionem præscriptis verbis accepisse, et de eo petendo, quod dari debet, præcipue egisse existimetur. Scimus in usu juris actionem præscriptis verbis civilem appellari, *L. jurisgentium, in prin. de pact. L. solent. hoc titul.* nec Paulus ipse aliter loquitur, qui civilem ita nominat absolute, ut præscriptis verbis actionem intelligat. Neque id facit alibi; sed in eo ipso capite, idest, in *L. naturalis*, cujus fragmentum est is locus de cujus interpretatione agitur. Proinde et consuetudo sermonis, et usus loquendi auctoris, et ea quæ præcedunt, hanc significationem quam dixi plane arguunt. Sed ex iis, quæ præcedunt, illud maxime, quod sibi Paulus in ea tota disputatione ab initio tractandum proposuit. Id autem fuit, ut totius ob rem dati tractatus inspiceretur, in eoque quæreret, non solum quæ dati repetitio esset: sed etiam maxime ad petendum id, de quo dando, aut faciendo convenit, quænam esset actio. Idque aperte in duobus illis generibus præcedentis, cum do, ut des, item do, ut facias, ab illo factum est. An censemus igitur illum velut oblitum, aut dissimilem sui non eadem hic de ista specie, cum facio, ut des complexum esse, quæ de superioribus duobus, et in ea id, de quo non usque adeo quærebatur, posuisse; illud quod præcipue ad institutum et quæstionem faciebat, omisisse? Hæc et similia homines eruditi adversus illam interpretationem disputare solent, quæ et ipse ingeniose dici fateor, et sunt ejusmodi, quæ me plurimum semper moverint; sed non usque eo, ut me usque adhuc vincere potuerint. Dicuntur enim recte, et omnino admittenda sunt in omni interpretatione voluntatis, sed hactenus; nisi absurditas sententiæ, et aliorum manifestus dissensus, quorum præcipue in jure interpretando ratio habenda est, refragetur. Nam cum efficitur absurda, aut falsa sententia, semper illam regulam tenere debemus, potius eam interpretationem capiendam esse, quæ vitio caret. *d. L. in ambigua, D. de legib. L. quoties in stipulationibus 80. inf. de verb. obl.* Fateor durum esse dicere, Paulum in eadem significatione ver

bi non perseverare, et quodammodo ambiguitate verbi ludere atque hoc modo errorem objicere legenti; dicere ab illo quæstionem de eo, quod convenerat, præstando hoc loco prætermissam esse. Sed utrumque ferri potest; est enim in arbitrio scribentis, quomodo eo verbo, quod plura significat, utatur. Nec necesse est eum qui de aliqua re disserit, omnia quæ ad eam quæstionem pertinent, dicere. Et ne cui usque adeo mirum videatur, et non conveniens Paulo, quod dicimus, in hac specie, cum facio, ut des, respondisse illum de condictione; de re autem, quæ ex conventione dari debuit, responsionem omisisse; id ipsum facit omnino in ea specie, quæ illi ex facto proposita est ad disceptiendum in *d. L. naturalis in pr.* nimirum cum facio, ut facias. De hac enim agens in *§. ult.* sic disputationem concludit. *Si ergo hæc sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit: et in proposita quæstione idem dici potest et necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere quem manumisi.* Observa eum de servo tantum a me manumisso, idest, de eo, quod a me factum est, actionem dare in id, quod mea interest. Utrum actionem præscriptis verbis intelligimus? minime. Hæc enim de eo est, quod deducitur in conventionem, non de facto retractando. Quam ergo? nempe de dolo, ut supra in hac specie, cum facio, ut des, responderat: quia nulla sit in eam rem civilis, idest, certa actio ex iis, de quibus hic agitur, idest, nulla condictio. Id si in ea specie, quæ principaliter proposita erat, fecit Paulus, an usque adeo mirum videtur, aut ab ejus sententia alienum, idem eum in hac specie cum facio, ut des, de qua prius responderat, fecisse? Quod etsi non constaret; dici tamen posset, quod jam monui, ferri posse quod non satis dilucide loquatur Paulus, et quod non omnia, quæ vellemus, persequatur. Hæc enim si vitia sunt: orationis sunt vitia, non sententiæ, quæ nihilominus vera retinetur. At illud ferendum non est, si quis dicat, eum facio, ut des, nullam esse actionem præscriptis verbis, item de eo, quod convenit, de dolo dari. Nam ad hoc refellendum satis est, si dicamus saltem tunc esse præscriptis verbis actionem, cum nullus dolus subest adversarii: nam hoc ita probatur in *L. solent, et eadem L. naturalis*, *§. sed si dedi, hoc tit.* ut qui neget nihil amplius, quam ad verba ipsa eorum locorum sit revocandus.

6 Scio † esse, qui dicant, ubi nullus dolus tuus arguatur, non præscriptis verbis actionem dandam, sed in factum prætoriam, quod etsi superioribus locis satis coarguatur; tamen si quis id concesserit, quid profecturi sint, non animadverto. Non enim Paulus tantum dicit, cum facio, ut des, nullam esse civilem actionem; sed etiam addit, de dolo dandam, quod ipsum aperte falsum est, si nullus tuus dolus arguatur. Dicent dictum Pauli sic esse interpretandum; de dolo dandam actionem, si aliquis dolus arguatur. Atqui ex hoc responso in id, quod volumus, incidunt non esse verum, quod Paulus simpliciter definit, si ejus responsum de eo, quod dari debet, accipimus. Sed illuc redeo, quod dixi, si nullus dolus arguatur, esse actionem præscriptis verbis, quod supra dilucide ostendimus. Hoc autem posito, absurdum est, si quis neget etiam tunc cum sciens alienam promiseris, non competere mihi rursus eandem actionem: quæ absurda etiam ex ipsa Pauli sententia nascuntur, si modo illa sententia est Pauli, quam esse alii volunt. Atqui ut ea sententia se ipsa non refelleret; tamen cum de Pandectis agatur, et sint alii loci diserte scripti superiori sententiæ contrarii: faciendum est, quod Justinianus jubet: id agendum videlicet, quantum possumus, ne unus locus pugnet cum alio. *L. 2. §. contrarium, C. de vet. jur. enucleand.* In qua conciliatione si quæritur, quid facto sit opus, et qui loci quibus cedere debeant, in promptu est, quid sequi debeamus. Quod positum a D. Augustino in *lib. 3. de doctrina Christiana*, in omni interpretatione et conciliatione dubiorum locorum observari decet, pauciora nimirum per plura: obscura et incerta per certa et dilucida interpretationem et legem capere debere. Quod cum ita sit in hac specie, ut in alteram sententiam, quam defendimus, plura sint, et certiora testimonia: recte fit, atque ordine, si huic alios locos concedere jubemus. Sed † demus jam, si ita placet, locum hunc Pauli æque plane, ut 7
superiores, scriptum esse, et quidem ita, ut aperte neget actionem præscriptis verbis esse dandam: quid proficiemus, nisi ut locum esse superioribus contrarium efficiatur? quo admisso, introducetur etiamnum hæc quæstio, quis aliis cedere debeat. At hoc si quæritur, res est expedita. Nam et unum locum pluribus, et obscurum dilucidis, et quod sine ratione dicitur, veræ rationi parere oportet. Nunc autem quam multi sint loci in contrariam sententiam, satis supra demonstravimus. Rationes vero, cur etiam in hac specie præscriptis verbis actio dari debeat, ejusmodi allatæ sunt, ut ne auctore

quidem Paulo res dubitationem habere
videatur. Conferamus jam contrariam sen-
tentiam: quid simile reperiemus? Immo
vero ut quis dicat, nullam hic actionem
esse præscriptis verbis, ubi fateatur negotium
civile geri non minus: quæ tandem ratio,
nisi inepta et ridicula reddi potest? Sunt,
qui dicant ideo fieri: quia nihil in dantem
tran feratur, nihil facienti absit: quod in
poliente et sarciente vestimenta perspicue
falsum est. Et ut verum sit nihil transferri:
tamen satis est quid fieri, quod erat in
potestate facientis non facere: quod factum
ei absit, et simul ad voluntatem accipien-
tis pertineat. Alioqui idem in ea specie
dicendum erit, cum facio, ut facias. Alii
conventionem dolo malo factam nullius
momenti esse dicunt. Quod ad hanc spe-
ciem non pertinet, ubi is, qui promittit,
decipit ipse, non decipitur; et si pertineret,
falsum esset, quod ita promittitur; in eo
inutilem esse pactionem, de quo satis supra
diximus. Alii nullum hic negotium nomi-
natis contractibus simile geri dicunt, ut
consequens sit, nullam juris civilis actionem
in eo dari, idest, præscriptis verbis: quod
et ipsum cujusmodi esset, abunde supra
ostendimus. Reliquæ rationes, quæ ab aliis
huc afferuntur; sunt ejusmodi, quæ refuta-
tione non indigeant, adeo sunt nugatoriæ,
et se ipsæ satis ostendunt, quas refellit Al-
ciatus *lib. 5. Parad. Cap.* 1. Duaren. ad *L.
jurisgentium, in pr. D. de pact.*

Quare si hac sententia admissa, quasi
præscriptis verbis actio in hac specie in *d.
§. quod si faciam*, non detur: non tamen
perficimus, quominus et Paulum in eo non
recte sensisse, et ejus sententiam non esse
servandam fateri cogamur: an non præstat
commoda aliqua interpretatione sic locum
ejus interpretari, ut eum retineamus et ver-
bis interpretatio conveniat, et nihil sit in
sententia Pauli absurdi, nihil quod cum
8 aliis locis non recte conveniat? Dicamus †
igitur jam breviter hunc esse sensum Pauli,
cum do tibi, ut des, vel do, ut facias, et po-
steaquam dedi, cessas dare, aut facere: in his
non tantum esse mihi actionem adversus te
de eo, quod convenit; sed etiam dari repeti-
tionem, in eamque rem actionem civilem,
et certam: nempe condictionem ob caussam
dati, caussa non secuta. Quod prioribus §§.
de duobus illis generibus expositum erat. At
si faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas
dare, esse quidem et hic actionem præscriptis
verbis, si de eo, quod convenit, præstando
agatur; quod tanquam confessum præter-
missum Paulo putamus; verum nullam esse
in hoc genere civilem et certam actionem:
nullam inquam, talem, qualem in superio-
ribus generibus esse dixerat, idest, nullam
condictionem ejus, quod factum est, ob eas
caussas, quas initio exposui; et ideo de dolo
dandam: intellige hoc casu, quo facti repe-
titio et condictio quæritur, quæ jure civili
nulla est. Quæ † si vera sunt: hæc erit summa 9
disputationis, quam de quatuor generibus
propositis contractuum ex *L. naturalis*, et
aliis locis teneamus. Cum do, ut des, aut do,
ut facias, neque placiti fidem præstas, ultro
petenti mihi dari condictio est: si modo quod
dedi, sit in ea caussa, ut per rerum naturam
præstari possit. Quod si non poterit præstari:
veluti, si dedi ancillam, quæ a te manumis-
sa est; licebit nihilominus mihi agere adver-
sus te in id, quod mea interest, ancillam
datam non esse: eritque in eam rem de dolo
actio, quæ sententia est *L. cum proponas, C.
de dol.* At cum facio, ut des, vel facio, ut
facias, hic nulla facti esse potest condictio,
et ut Paulum loqui arbitramur, nulla est
civilis actio: quamobrem et hic eo nomine
sine ulla distinctione de dolo dabitur. Atque
hæc ita sunt, si de re data revocanda velim
experiri. Quod si in id agetur, ut mihi præ-
stetur id, de quo convenit: sic de omnibus
contractibus incertis statuemus sine exce-
ptione: sive dem, ut des; sive dem, ut facias;
sive faciam, ut facias; sive id, de quo quæ-
rimus, faciam, ut des; esse mihi adversus te
de eo, quod in conventionem deductum est,
actionem civilem, et eam præscriptis verbis,
idque sive dolus tuus aliquis intervenerit,
sive nullus. Et quia competit actio præscri-
ptis verbis, ideo in hanc speciem de dolo non
erit: quia cum civilis sufficiat, non sit a
prætore danda. *d. L. jurisgentium, in pr. de
pact.* Utrum † de dolo detur, an præscri- 10
ptis verbis, hoc refert, quod de dolo actio
famosa est; *L.* 1. *D. de his, qui not. infam.
L. pen. D. de in int. rest.* præscriptis verbis
nequaquam, cum neque edicto de infamibus,
neque usquam alibi hac actione damnato
infamia irrogetur. Actio de dolo intra bien-
nium solum competit. *L. ult. C. de dolo.*
Actio præscriptis verbis, ut civilis, perpetua
est; *Inst. de perp. et temp. act. in pr.* Illud
tenendum est, cum in his generibus actionem
esse dicimus præscriptis verbis, simul hoc di-
cere nos, esse etiam actionem in factum: nam
præscriptis verbis actio est in factum civilis.
L. 1. *et* 2. *hoc tit.*

CAP. XXI.

Præscriptis verbis actio quid sit, et cur sic vocetur.

SUMMARIA.

1. *Præscriptis verbis actio, quid sit.*
2. *Præscriptis verbis actio cur ideo dicta.*
3. *Præscripta verba quid hic significent.*
4. *Præscriptis verbis actio cur dicatur subjici, et subdi, pro dari.*
5. *Nomen actionis in agendo certum exprimi oportuisse jure Romano, si actio certum nomen habuit.*
6. *In præscriptis verbis actione nullum certum nomen exprimi; et quare.*
7. *In factum actionem esse etiam præscriptis verbis, non tamen in usu juris ita dici, et cur.*

HOC jure de præscriptis verbis, et in factum actione constituto, quid sit utraque, et cur ita vocetur; quid una ab altera differat: quid singularum proprium sit, consi-
1 derandum est. Ac quid sit † actio præscriptis verbis, ita facile poterit intelligi. Jam primum de hac actione Julianus scribit in *L.* 3, *h. t.* ad hanc *confugere necesse esse, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.* dixit, *quoties contractus*, non autem in universum, quoties negotia, seu caussæ exsistunt. Ex quo colligimus, hoc verbum usurpari solere non in maleficiis, aut aliis obligationum caussis, sed in contractibus dumtaxat: neque his omnibus, sed iis tantum, quorum appellationes jure civili nullæ sunt: nempe iis, de quibus supra disseruimus, et in his solis; alioqui Juliano ita dicendum fuit, ad quam confugere necesse est, quoties caussæ aliquæ exsistunt, quarum appellationes, et quæ sequuntur; non autem ad contractus incertos revocare, quod omnium aliarum caussarum commune erat. Jam in *L.* 1. *et L.* 2. *eod.* scriptum est, non competere actionem præscriptis verbis, nisi cum cessant judicia prodita, et vulgares actiones, sive cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina. Ex quo intelligimus, præscriptis verbis actionis nullum nomen esse. Merito, cum unaquæque actio ex eo negotio, unde nascitur, nomen habeat: fieri autem non possit, ut nomen ex contractu nanciscatur, ea, quæ ex eo nascitur, cujus nullum nomen est. Neque mirum sit, esse aliqua negotia, quorum nullum nomen proditum sit jure civili: natura enim cogente id fit, qua comparatum est, ut plura sint negotia quam vocabula, ut est in *L.* 4. *eod.* His de natura hujus actionis separatim cognitis, nihil negotii est intelligere actionem præscriptis verbis sic recte posse definiri: ut sit nuda et simplex, nullo proposito actionis nomine, ejus quod in conventionem deductum est petitio, recepta in iis contractibus, quorum appellationes nullæ
juræ civili proditæ sunt. Dictam † esse hanc 2
actionem ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret, et ea demonstratione vice nominis, quo caret, utatur, et multis doctis viris placet, et jam olim docuit Duarenus *ad L. jurisgentium, in pr. D. de pact.* quod et mihi verissimum videtur. Est tamen, nisi explicetur, non usque adeo omnibus expeditum; et non desunt etiam ex viris eruditis nonnulli, qui totam hanc rationem nominis repudient, et ii quidem, quorum doctrina et auctoritas non parum movere nos debeat. Quare, si placet, de eo amplius consideremus. Et paulo timidius de eo affirmaremus, nisi hæc actio hac ipsa circumlocutione describeretur ab Alexandro Imperatore in *L. cum mota, C. de trans. act.* Sic enim ille. *Aut enim, inquit, stipulatio conventioni subjecta est, et ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est*: idest, uno verbo, actio præscriptis verbis. Inepta prorsus et aliena descriptio, nisi id, quod ad hanc actionem demonstrandam dicitur, proprium sit ejus actionis. Quod si proprium; quis neget, cum verba cum re consentiant, actionem ex re ipsa esse appellatam? At a quo Imperatore tandem hæc descriptio est? Alexandro videlicet, qui non sapiens tantum, sed doctissimus etiam et consultissimus sit habitus: quique in consilio et jure reddendo doctissimis et prudentissimis Jurisconsultis maxime præter cæteros sit usus; ut nemo dubitare possit, quin consuetudinis loquendi, et

juris peritus Princeps in hoc verbo et rebus, et consuetudini loquendi, et juri consentanea scripserit.

Sed hoc intelligetur certius, si cognoverimus, quid sit, rem gestam demonstrare verbis præscriptis, et cur præcipue id facere hæc actio dicatur: tum enim certo statuetur, banc verbi rationem, quam maxime rei, et naturæ hujus actionis esse convenientem. Res gesta est id quod factum, gestum, contractum est; unde hæc quoque actio in factum appellatur, ut postea pluribus indicabimus. Demonstrat actio rem gestam, cum editur: sic enim editur, ut res, seu factum exponatur, sic deinde subjiciatur petitio. *L. edita, C. de eden.* Demonstrat verbis: nempe iis, quibus res gesta narratur et exponitur, dum ipsa editur. Demonstrat
3 autem verbis præscriptis ubi † præscriptis accipere non debemus, certa et velut ad certam formulam concepta: ut cum dicimus, conceptis verbis jurare (nulla enim in hac actione verborum conceptio est, quæ in directis solum, et solemnibus actionibus olim observabatur, non in utilibus. *L. antepen. D. de neg. gest.* alioqui volgares et usitatæ actiones, quæ certis conceptionibus constabant, multo magis præscriptis verbis dici debuerunt) sed præscripta verba hic declarant, ante scripta: dicuntur enim ita, habita ratione ipsius petitionis, quæ instituitur. Verba rei gestæ præcedunt, seu. quod idem est, res, ut gesta est, ante narratur: sequitur deinde petitio; ita verbis rei
4 gestæ ante scriptis petitio subjicitur. Ad † quem ordinem verborum et actionis alludens Papinianus in *L. 1. in fin. eod.* pro his verbis, *in factum civilis datur actio*, dixit, *in factum civilis subjicitur actio*, cur subjicitur, nisi quia in ea proponenda aliquid præcessit? quid autem præcessit, nisi verba rei gestæ, unde merito hæc præscripta, idest, ante scripta dicuntur, eademque forma loquendi dictum est in *L. si pro fundo. C. de transact. agi præscriptis verbis, actione civili subdita.* Nec dissimiliter præscriptionis verbo usus est Cicero *Epist. 2. Lib. 5. ad fam.* dum ita scribit. *Jam illud S. C. quod eo die factum est, ea præscriptione est.* Similiter et Cornelius Tacitus *Lib. 1. Annalium*, his verbis de Tiberio loquens: *Ne edictum quidem, quo patres in curiam vocabat, nisi Tribunitiæ potestatis præscriptione posuit sub Augusto acceptæ.* Id est, nisi prius scripto titulo Tribuni plebis, quo se ostenderet, eam vocationem instituere non pro imperio principis, sed solum pro Tribunitia potestate, quam ab Augusto accepisset. Dixerit hoc loco aliquis, nihil in hac præscriptione et demonstratione rei gestæ proprium esse hujus actionis: rem enim esse omnium actionum communem, ut cum actio editur, factum et res ante gesta exponatur, tanquam caussa actionis: deinde subjiciatur petitio. Nam nisi id fit, neque adversarius speciem facti intelligere potest, neque illud scire, utrum cedere, an contendere debeat: ignorans, sitne aliqua idonea caussa, cur a se petatur, an nulla, quod tamen illi in omni actione edenda præstandum est. *L. edita, C. de eden. L. 1. D. eo.* Quod si verum est: non magis videtur hæc actio dici debuisse præscriptis verbis, quam cæteræ omnes, in quibus eadem verba præscribuntur in editione actionis. Sed neminem movebit hæc objectio, qui intelliget actionem præscriptis verbis ideo ita dictam, quia solum verbis præscriptis rem gestam demonstraret; non etiam alio indicio actionis proprio ad se ostendendam uteretur. Similiter ut obligationes ex consensu dicuntur, non quæ consensum in se habent (alioqui omnes obligationes ex contractibus descendentes dicerentur ex consensu nasci: cum nullus sit contractus, qui non habeat in se consensum et conventionem; *L. 1. §. 1. D. de pact.*) sed eæ, quæ solo consensu contrahuntur, *Inst. de obl. ex cons.* Cæteræ actiones certæ et vulgaris verba quidem rei gestæ habent; sed in his non consistunt: est aliud quiddam earum proprium, quo unaquæque designatur in judicio, et unde nomen habet itidem. Ut in iis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, fieri videmus, quæ præter consensum, aut rem, aut verba, aut literas desiderant; hæ enim non consensu contrahi dicuntur, sed aliæ re, aliæ verbis, aliæ literis. Quid † ergo in cæteris actionibus vulgaribus edendis, et proponendis requiritur. 5
quod sit proprium uniuscujusque? nomen certum actionis, quod in actione proponenda exprimi jure Romano oportuit, ac sine eo nulla fuit actio, ut pluribus ostendi *ad L. edita, C. de eden.* patetque *ex L. 1. et L. 2. hic. L. 1. D. si mens. fal. mod. dix.* Hinc illæ veterum dubitationes, in quibusdam caussis, de titulo et nomine certo actionis constituendo, cum alii alium contractum, aliamque actionem esse dicerent. *L. 1. D. de æstimat. act. L. naturalis, §. ult. L. si tibi rem, §. Julianus L. apud, §. 1. et similibus, hoc tit.* quæ omnis supervacua erat quæstio, si in illis speciem tantum facti aperto proponere sufficiebat, ac deinde petere, ut id, de quo convenit præstaretur.

Hæc † nomina cum in omnibus negotiis 6
non occurrent. Cum, ut dixi, plura sit negotia, quam vocabula: necessitas eo rem dedu-

xit, ut aut in his deneganda esset actio, aut præscriptis verbis esset agendum. Non si nomen actionis nullum fuit, ideo actionem denegari oportuit, si eam dari eadem æquitas postulabat. Quid enim nomen de re mutare debuit, aut potuit? bene Justinianus in *L.* 2. *C. com. de leg.* dicit leges non verbis, sed rebus esse imponendas. Ita hoc relictum est, ut confugiendum fuerit ad actionem præscriptis verbis, ut dicitur in *L.* 2. *et* 3. *eod.* idest, ad eam formulam, qua sine ullo nomine actionis res gesta tantum demonstraretur verbis, ac deinde ex re ipsa petitio subiiceretur. Inde præscriptis verbis dicta, quæ ita rem gestam demonstrat his verbis, ut hac demonstratione pro justo nomine utatur. Quæ cum videamus tam præclare rebus convenire, et præterea tam aperta descriptione doctissimi Imperatoris confirmari: neminem facile postea futurum arbitror, qui his cognitis, hic amplius hærendum esse arbitretur.

Non desunt tamen, ut dixi, etiam doctissimis hominibus quibusdam rationes quibus hæc notatio improbetur. Nam si ex eo dicta est actio præscriptis verbis: quia verbis ante scriptis rem gestam demonstret, quæcunque actiones ita verbis rem gestam demonstrabunt sine ullo nomine actionis, eæ dicentur præscriptis verbis: necesse est enim cui definitio nominis convenit, eidem tribui et nomen definitum, itaque etiam in factum actiones prætoriæ erunt præscriptis verbis. Nam et hæ hac ipsa rei gestæ demonstratione, non ullo certo nomine actionis constat. At prætoriæ in factum actiones, quales sunt, quæ in subsidium legis Aquiliæ dantur, non sunt actiones præscriptis verbis, satis enim constat, actionem præscriptis verbis civilem esse, de quo postea, non prætoriam: ex contractu, non etiam ex delicto. Non igitur ex ea rei gestæ demonstratione præscriptis verbis actio dicta est. Addunt etiam Græcorum auctoritatem. Nam Harmenopulus *lib.* 2. *Epito. cap.* 3. sic hanc actionem expressit ut eam nominaret τῶν προγεγραμμένων συμφώνων: ut sit actio præscriptarum conventionum, seu ex præscriptis conventionibus, sive ex præscripto conventionum.

Et † quod ad superiorem rationem attinet, agnosco eam esse ejusmodi, quæ sit animadvertenda. Nam et ego illis assentior, si vera notatio est, dicendum esse, quæcunque actiones demonstratione rei gestæ pro nomine quo carent, utantur, eas et præscriptis verbis esse actiones. Idem admitto consequens esse, etiam in factum actiones quæ sunt prætoriæ, præscriptis verbis actiones dici posse, et re vera esse. Hoc illi falsum esse, et certis locis teneri putant. Ego doceo esse verissimum: omninoque ita se rem habere, ut quæcunque est præscriptis verbis actio, eadem sit et in factum: et contra quæcunque est in factum, eadem sit et præscriptis verbis. 7

CAP. XXII.

In factum actio quid sit, et quid ab actione præscriptis verbis differat.

SUMMARIA.

1. *In factum actio, quid sit.*
2. *In factum actionem eandem esse et præscriptis verbis, et quæ præscriptis verbis, eandem in factum.*
3. *In factum actionem et actionem præscriptis verbis significatione easdem, in usu tamen juris distingui: et quamobrem.*
4. *Harmenopuli sententia de actione præscriptis verbis explosa.*
5. *Præscriptis verbis actionem, quæ dicitur, non ideo esse ex verbis.*
6. *Præscriptis verbis actionem minime esse ex præscriptis conventionibus, seu ex præscripto conventionum, et minime inde dici.*
7. *Præscriptis verbis actionem dicamus, an ex præscriptis verbis, multum interesse, et in eo valde falsum esse Harmenopulum.*

1 Quid † est enim in factum, aut quæ vis huic verbo subjecta est? Et dicitur in factum, non quæ datur adversus factum: omnis enim actio in personam ex facto est adversus personam, non adversus factum. *L. actionum, in pr. et* §. 1. *D. de obl. et act.* sed in factum valet, juxta, sive secundum id, quod factum est concepta et composita actio. Quo ex eo

intelligimus, quod plerisque in locis cum in factum actio, aut exceptio nominatur, additur concepta, aut composita, ut *L. quod bonis, in pr. D. ad leg. Falc. §. 1. Inst. de exc.* Quomodo autem concipitur, aut componitur, in id, quod factum est? verbis videlicet, quæ ante scripta id ipsum factum, idest, rem ge-
2 stam demonstrant. Atqui † nihil aliud declarat præscriptis verbis actio, quam eam ipsum actionem, quæ verbis in factum composita, aut concepta est: cum enim nomino actionem præscriptis verbis, oratio est, cui apparet aliquid deesse, subauditur autem, constans vel concepta, seu composita. In quid autem verba præscribuntur, seu præscripta concipiuntur? nempe in rem gestam, ut appellat Alexander in *d. L. cum mota, C. de transact.* idest, ut nunc loquimur, in factum, unde et præscriptis verbis actio dicitur in factum, *L. 1. et passim, toto hoc tit.* Et ut intelligatur in *præscriptis verbis* ea verba significari, quæ præscribuntur *in factum:* interdum plene oratione coniunguntur ista, diciturque *actio præscriptis verbis in factum*, ut in *L. Titius, eod.* quod nihil aliud est, quam actio, constans verbis in factum præscriptis. Ex quibus apparet, utriusque verbi vim et potestatem esse eandem: sicque fieri omnino, quod dixi, ut omnis præscriptis verbis sit etiam in factum de quo convenit. *L. 12. si vir, L. si tibi rem et passim, eod.* Sed et idem vica versa valet, ut quæ in factum est composita, sit et constet verbis in factum apte scriptis, idest, præscriptis.

3 Sed † frustra laboramus, dicent: cum certo constet actiones in factum ab actionibus præscriptis verbis distingui: quippe actiones in factum etiam ex maleficiis nasci, easdemque esse prætorias. *L. quia actionum, eod.* At præscriptis verbis actionem ex contractibus dari. *L. 3. eod.* et civilem esse, non prætoriam. *L. jurisgentium, in pr. D. de pact. L. solent, hoc tit.* Nego hæc esse contraria. distinguuntur enim ista in usu juris, non vi et significatione verborum; sed docendi gratia. Notatio et vis horum verborum manifesta est, ut dicatur in factum, quæ est in factum, et rem gestam concepta; et præscriptis verbis, quæ constat his ipsis verbis in factum scriptis: ut latine scientibus sine dubio utrumque compendio sermonis idem exprimat. Sed in usu juris distinguuntur ista, ut præscriptis verbis intelligatur ea, quæ est in factum civilis, ex contractibus incertis prodita; actio autem in factum generis quidem nomen sit: ut plurimum autem dicatur ea specialiter, quæ ex maleficiis, aut quasi maleficiis, quorum nullæ sunt jure civili appellationes, competit, dicta *L. quia actionum, eod. L. actionum, in fin. D. de obl. et act.* An quia, inquam, istorum significatio diversa est secus, quam diximus? minime: sed quia visum est ad docendum commodius, singulas res singulis appellationibus distinguere; quia singulæ suis nominibus notæ facilius discernantur. Hoc si a nobis nunc primum excogitatum esse ad defensionem; cæterum novum et aliis in rebus inusitatum putum putamus, in jure civili peregrini et hospites sumus. Notum est enim, quid Justinianus scribat de verbis injusti, rupti, et irriti facti testamenti in *§. alio. Inst. quib. mod. test. infr.* Si vim, et significationem verborum sequimur, quodcunque iniustum est, idem irritum est: et nullum irritum, nisi quod iniustum, idemque de rupto et irrito multo magis licere dicare. Nam et quod rumpitur, irritum fit sine dubio: et quod fit irritum, quid aliud, quam rumpitur? quod et Justinianus ibidem testatur. Atqui ista distingui scimus in usu juris, ut quædam non jure facta dicantur, quædam jure facta rumpi, vel irrita fieri. An quod illa, si verborum vim spectamus, non idem significant? imo, inquit Justinianus: sed quia commodius erat, singulas caussas singulis appellationibus distingui. Et ne id in superioribus tantum verbis factum putemus, idem videmus evenire in re quam simillima, nimirum in verbis actionis et petitionis, quæ cum idem significent, ut indicat *L. exstat. in pr. D. quod met. caus.* tamen in jura, docendi caussa, ita distinguuntur, ut sint species diversæ: sitque actio in personam, petitio in rem, et nihilominus rursum actio generis nomen obtineat. *L. actio, D. de obl. et act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. sign.* Quid actio ex stipulatu? nonne si verbi significatio attenditur, omnem actionem continet, quæ est ex stipulatione, etiam certa? non est dubium. Nam stipulatus valet idem, quod stipulatio, neque aliud declarat hoc verbum in *L. pecuniæ, in pr. D. de usur. L. 3. in fin. C. de inutil. stipulation.* unde actio, ex stipulatu dicta etiam tunc, cum certa est stipulatio: ut sit actio ex ex stipulatione. *L. prædia, D. de act. em. L. si pacto, C. de pact.* Atqui usus juris obtinuit, ut actiones ex stipulatione sic distinguantur: ut ex certa sit condictio certi, ex incerta sit ea, quæ proprie appellatur ex stipulatu, et quidem ita, ut ea negetur ex stipulationem certa competere in *L. si quis certum, D. si cert. pet.* Quare non est, quod ista objectione deterreamur, quominus eam notationem, quam posui, quæ se ipsa ostendit, et certa auctoritatem Imperatoris Alexandri nititur, teneamus.

4 Sed † opponitur nobis auctoritas Harmenopuli: Gravis scilicet auctor Harmenopulus, et dignus, cujus audiendi caussa vadimonium deferatur, credo; quia Græcus est, et aliena lingua, non Latina utitur. At vide, quam a plerisque, qui istum nobis obtrudunt, dissentiam. Ego si quid verum me habere credam, continuo mihi suspectum fiat, si idem ab Hermenopulo positum videam. De quo homine non necesse habeo dicere, quod sentio, et quod homines eruditi, cum parcissim loqui volunt, de eo dicere solent, hominem peregrinum fuisse, in jure Romano non satis exercitatum, sæpe etiam rudem videri. Tantum dicam, quod hujus loci proprium est, vel hunc unum locum, et interpretationem Harmenopuli de actione præscriptis verbis abunde sufficere, ut probetur isti homini non tam peritiam juris Romani, quam judicium et linguæ Romanæ etiam mediocrem cognitionem defuisse. Cum ille præscriptis verbis interpretatur τῶν προγεγραμμένων συμφώνων: nempe *verba* interpretatur conventiones, et *præscriptis verbis* idem valere vult, quod ex præscriptis verbis, seu ex præscripto conventionum. idem enim declarat actio locati et conducti, quod actio ex locato et conducto: actio empti et venditi, quod ex empto et vendito. Quam in paucis verbis multa peccata.
5 Principio † quomodo hæc actio ex verbis? nullo vero modo ex verbis nasci dici potest. Nam primum non semper cum trado tibi aliquid, nominatim convenit verbis, ut vicissim aliquid facias: sed ex eo, quod certo modo datur, tacite intelligitur, quid agatur: nec tamen minus hinc nascitur præscriptis verbis actio de eo, quod tacite actum est, quam si nominatim convenisset: ut si dem tibi servum quæstionis habendæ caussa, cum furti argueretur, neque nominatim convenerit, ut, nisi de eo compertum esset, redderes: si gratuitam habitationem dedi, si dedi annulum inspiciendum, neque convenit, ut redderes. In his omnibus quia id agitur, ut quod alicujus rei gratia tibi trado, ea re finita, reddas: actio præscriptis verbis competit ut reddas. *L. si dominus, L. si gratuitam, in pr. L. duo. h. tit.* Et quomodo tandem ex verbis actio dici potest, ubi de re præstanda nulla omnino verba sunt? Demus nominatim convenisse, ut dares, aut faceres, num ideo obligatio, aut actio ex verbis. Ex conventione, et pacto nasci dici potest; ex verbis non potest. Neque enim conventio est, verba; sed is consensus, qui verbis declaratur: neque cum aliquid convenit in emptione et venditione, locatione et conductione, et similibus contractibus, qui consensu perficiuntur, etsi verbis id caveatur, ideo ex verbis obligatio, seu actio nasci dicitur, sed ex consensu. Tunc solum verborum, seu ex verbis obligatio esse dicitur, cum præter consensum ad obligationem contrahendam verbis, idest, interrogatione et responsione est opus; quæ cum in his contractibus, cum do, ut des; do, ut facias, et cæteris similibus non desiderentur: perspicuum est, neque hic actionem esse ex verbis, neque ita dici præscriptis verbis, quasi verba hic significent τὰς συμφωνα, seu conventiones.

Jam † vero quid est hoc actionem præ 6
scriptis verbis dici: quia sit non tantum ex verbis, sed etiam ex verbis præscriptis, seu ex præscriptis conventionibus, aut præscripto conventionum? Si hoc intelligit: cum do tibi, ut des, aut facias; cum facio, ut des, aut facias, nisi conventio præscripta erit, non competere præscriptis verbis actionem, toto jure errat. Ex contractibus incertis est hæc actio: nihil porro ad obligationem scriptura facit, si alio modo contractus probari potest. *L. 4. D. de fid. Inst. L. instrumentis. L. cum instrumentis, C. eod.* Sin hoc putat, competere hanc actionem, etiam nulla scriptura interveniente: quis non videt eum non attendere, quid dicat, si hoc dicit; nihilominus actionem ex ante scripta conventione nuncupari? ubi scriptam conventionem nullam esse fateatur? quod plane idem est, ac si quis actionem ex verbis esse dicat, ut ubi res sine verbis gesta est; aut literarum obligationem, ubi nullas literas esse concedat. At ego plus dico, etsi conventio præscripta sit, et ex ea agatur: non ideo tamen dicendum, esse hanc actionem ex præscriptis conventionibus, seu præscripto conventionis. Nascitur obligatio et actio ex conventione, seu contractu, qui instrumento continetur: non ex scriptura, quæ, ut dixi, ad fidem rei gestæ tantum, non ad obligationem pertinet. *d. L. 4. D. de fid. Inst.* Emptio mihi tecum contracta est, et instrumento præscripta; dicetur tamen actio ex empto esse ex emptione, non ex præscripto emptionis, aut conventionis. Similiter etsi a te stipulatus sim fundum, et res instrumentis gesta sit; dicatur tamen ex verbis, seu verborum obligatio adversus te nasci, non etiam ex scriptura, seu præscripto verborum, aut stipulationis. Sciamus igitur ex scriptura conventionis præcedente, sive ex præscripto conventionis hanc actionem præscriptis verbis non esse appellatam, sive scriptura revera præcesserit, sive nulla: quod quidem postremum nullam dubitationem habere potest.

Atque hæc quidem illum, si quid in jure intelligeret, satis monere poterant, non sic

præscripta verba in hac actione accipienda esse: quasi ea, quibus conventio ab initio
7 composita est, significarentur. Sed † apparet, quid eum deceperit. Ille putavit actionem præscriptis verbis idem esse, quod actionem ex præscriptis verbis. Nam, ut dixi, τῶν προγεγραμμένων συμφώνων est ioterpretatus: quod valet præscriptarum conventionem, seu ex præscriptis conventionibus. In quo jam non juris ignorantia, sed ipsius etiam Latini sermonis inscitia turpiter labitur: multum enim intar ista interest. Actionem ex præscriptis verbis cum dico, ea adjectione, *ex præscriptis verbis*, caussam et uriginem significo, unde hæc actio nascitur, nempe contractum et conventionem. Actionem *præscriptis verbis* cum dico, per verba præscripta illa intelligo, quibus in edenda actione res gesta exponitur, et demonstratur, ut est in *d. L. cum mota, C. de transact.* Inter quæ tantum interest, quantum inter caussam et effectum, inter contractum et actionem, sive instrumentum id, quo ad instituendam actionem utimur. Ergo Harmenopuli auctoritati tantum tribui debeat, ut eam in notatione, et significatione hujus verbi etiam manifestæ sententiæ optimi auctoris Alexandri opponere oporteat. Nos vero cavebimus, si sapimus, ne tam bono interpreti quidquam in posterum facile credamus. Manebit igitur, quod initio posueram, recta Alexandrum hanc actionem ita expressisse, ut diceret eam esse, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstret, et omnino inde esse nuninatam. Illud cavendum, etsi inde non diceretur, ne tamen ideo dictam putemus, quia sit ex præscriptis verbis, idest, ex præscriptis conventionibus.

CAP. XXIII.

Quæ, et qualia sint ea, quæ tanquam propria actioni præscriptis verbis passim tribui legimus.

SUMMARIA.

1. *Præscriptis verbis actionis propria quæ.*
2. *Præscriptis verbis actio cur dicta in factum.*
3. *Præscriptis verbis actio cur civilis dicta.*
4. *Præscriptis verbis actio cur utilis, et numer.* 5. 6.
5. *Directa actio et utilis quid, et unde dicta.*
6. *Certæ et solemnes actiones, itemque vulgares et usitatæ, quæ et cur ita dictæ.*
7. *Negotia cum do, ut des; do ut facias; facio, ut des; facio, ut facias, si in speciem certi alicujus contractus non cadunt; certis tamen esse similia, et quibus.*
8. *Præscriptis verbis actio incerta, et cur ita dicta.*
Proprius contractus, specialis et distinctus ab aliis, in L. rogasti, de præsc. verb. ibid.
9. *Præscriptis verbis actio incerti dicta, et cur.*
10. *Præscriptis verbis actio in id, quod interest, etiam tum, cum do, ut des; aut facio, ut des: et cur hoc præter regulam juris.*
11. *Id quod interest, an res quæ dari debet, petatur, quid intersit.*

Deinceps quæ huic actioni tribuantur, sive quæ sint hujus actionis propria, videamus.
1 Et † præter ea, quæ definitione complexi sumus, hæc omnia illi tribui animadverto. Nam et in factum dicitur, et civilis, et utilis, et incerta, et frequentius incerti, et quod præcipue animadvertendum est, ejusmodi est, quæ competat in id, quod nostra interest etiam tunc, cum convenit, ut mibi dares: quæ omnia non usque adeo expositam rationem habent, eo nobis breviter explicanda sunt.
2 In † factum dici constat *L. 1. L. si vir. L. si tibi rem, in pr. §. ult. L. duo. L. Titius. h. t.* nempe ob eam caussam, quam supra pluribus exposui: quia verbis est præscriptis, seu compositis in factum: quasi dicas in rem gestam, et id, quod factum est. Civilem † 3
esse constat, non prætoriam. *L. jurisgentium, in princ. D. de pact. L. 1. L. insulam, L. solent, hoc tit. L. rebus, C. de rer. perm.* Quod significat jure civili constitutam esse, non edicto prætoris, §. 1. *Inst. de obl. §. sed istæ, Instit. de act.* Est autem civilis: quia ex contractibus, de quibus jure civili actio eo modo constituta est, de quo jam dicemus. Ita † civilis est, ut sit tamen utilis, non di- 4

recta: sic enim describitur ab Alexandro in *d. L. cum mota*, C. de transact. *utilis actio*, inquit, *quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Utilem accipimus, non efficacem, et eam, quæ opponatur inutili. Nam si danda est, non debuit adjici utilis: cum si jure detur, non possit, quin sit utilis, ubi is, cui datur, ad agendum admittitur: sed utilem, ut in usu juris accipere solemus, eam, quæ hoc verbo distinguitur a directa. *L. antep. D. de neg. gest.* §. *ult. Inst. de leg.*
5 *Aquil.* Est autem † directa, quæ verbis legis in aliquem datur, quasi quæ verbis legis dirigatur, seu feratur recta in aliquem: utilis, quæ sine verbis legis datur ex sententia, ut declaratur exemplis ad legem Aquiliam accommodatis, in dicto, §. *ult. Inst. de leg. Aquil.* utilis dicta. quasi quæ cessantibus verbis legis detur propter eandem utilitatem, ut significatur in *L. quia actionum. hoc tit.* Ita in summa hoc volumus, præscriptis verbis actionem ita jure civili dari; ut sit tamen non verbis legum constituta, sed ex sententia per interpretationem propter similitudinem negotii ad hoc genus negotiorum incertorum traducta. Idque ita esse sic intelligere possumus. Nam primo ita compositæ sunt actiones, ut eas Romani certas, solemnesque esse vellent. *L. 2.* §. *deinde ex*
6 *his legibus, D. de reg. jur.* Certas † et solemnes sic accipimus, quæ et formulis certis constarent, quæ postea sublatæ sunt Tit. *C. de form. et impetrat. act. subl.* et certo ac constituto nomine notarentur, quo uterentur vulgo in actionibus instituendis: inde vulgaria et usitata actionum nomina appellata: inde quæ vulgaria et usitata nomina sunt, eadem et jure prodita dicuntur. *L. 1. 2. et 3. h. t.* Ejusmodi nomina actionum nulla esse potuerunt in his negotiis, quæ prius ipsa certo nomine non appellarentur: cum ut jam aliquoties dixi, actio ex genere negotii et contractus nominetur. Ita eveniebat, ut ex his negotiis quemadmodum nullæ erant appellationes proditæ: sic nec essent actiones. Et hæc quidem ita existimari necesse erat, si verba legum spectarentur. Sed enim, cui dedi, aut feci aliquid ea lege, ut mihi vicissim quid daret, aut faceret, non teneri mihi iniquum est: cum duæ sint hic, cur mihi obligetur, caussæ, et quod pactus est se daturum, facturum: et quod prius dedi quid, aut feci ea lege, ut daret, faceret. Quamobrem hic quoque actionem esse placuit, ut non verba, sed res spectaretur. Quid ergo? potuit alicui sine certo jure actio esse constituta? Minime: cum hoc sit in divisione obligationum omnium aut civilem esse, aut prætoriam §. 1. *Inst. de obl.* eademque actionum ratio est §. *sed istæ, Instit. de act. L. actionum*, §. *ult. D. de obl. et act.* Sed quæ hic ex verbis legum non est actio, ea recte inducitur ex legum sententia, cognitis videlicet iis caussis, in quibus actio certa nominatim jure civili constituta est; et eorum negotiorum, de quibus agitur, similitudine animadversa, juxta *L. non possunt, et L. seq. D. de legib.* Constat actiones certas et vulgares ex emptione et venditione, locatione et conductione, mandato, societate, commodato constitutas esse. Proponantur igitur nobis aliqua negotia, quæ istis nominibus appellari non possint: verumtamen et genere facti, et ratione sint similia: sententia legis postulabit, ut et de his actionem demus: quæ verbis non inducta. directa quidem non erit, at inducta ex sententia dicetur utilis. Talia † 7
sunt autem hæc negotia omnia, cum do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias, ubi ea in speciem aliquam certi contractus non cadant. Cum do, ut des, permutatio est. Permutatio non est emptio et venditio: sed est emptioni plane similis. *L. 1. D. de contrah. empt. L. D. de rer. permu. L. sciendum*, §. *deinde, D. de Ædil. ed.* Cum do, ut facias, aut facio, ut des: sive pecunia non intervenit, sive intervenit quidem, sed non est id factum, quod locari soleat, non est locatio et conductio: sed tamen negotium geritur simile locationi et conductioni: quia unus dat, alter operam præbet: quod et ipsum fit in omni locatione et conductione, de quo quia satis supra disseruimus, non necesse est hoc loco eadem inculcari. Cum facio, ut facias, negotium mandato simile est, ut Paulus testatur in dicta *L. naturalis*, §. *ult.* interdum et commodato, ut in specie *L. si gratuitam, in pr. et* §. *si eum unum, eod.* Hinc est, cur ex his contractibus sit actio, et cur sit utilis. Et hoc est, quod Paulus in *d. L. naturalis*, §. *ult.* in ea specie, cum facio, ut facias. cum actionem præscriptis verbis esse dixisset, subjecit, quod esset tanquam rationis vice, *Quæ actio*, inquit, *similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.* Quia similis: ex eo intelligi vult recte in his casibus esse introductam, et simul utilem esse significat, non directam, quod quærimus: quippe ex sententia esse, non ex verbis legis; alioqui non superioribus similis diceretur, sed cum his eadem. Sed cum constet hanc actionem ex verbis juris civilis non esse, quomodo dicitur civilis, sive ex jure civili? quia verbum, *ex legibus*, intelligitur. non solum, quod est ex verbis legis, sed

etiam quod ex sententia. *L. nominis*, §. *ult. D. de verb. sign.*

8 Dicitur † et hæc actio incerta, *L. rebus. C. de r. permu. L.* 3. *C. de inut. stip.* quia nullo certo ex contractu, et qui proprio nomine appellctur; sed modo ex hoc, modo illo datur: ut quemadmodum incertus est contractus, ex quo actio competit, sic et ipsa incerta sit, quæ inde datur actio. Nam quod in *L. rogasti, h. tit.* dicitur hæc actio interdum competere ex negotio proprii contractus, proprius contractos illis dicitur, non certus, et certo nomine constans, sed specialis et distinctos ab emptione, de qua illic dubitari poterat, an contraheretur. Fre-
9 quentius † apud Jurisconsultos dicitur incerti, tot enim locis in Pandectis Florentinis ita dici legimus. *L. jurisgentium, in princ. D. de pact. L. insulam, L. si domin. in fin. L. ab eam., hoc tit. L. duo*, §. *ult. D. de precar.* nempe quia persequitur, hæc actio id, quod interest, ut jam indicabimus. Id autem quod interest, incertum. *L. si pœnam, D. de verb. obl.* §. *non solum, Inst. eod.* Itaque ita dicitur actio præscriptis verbis actio incerti, ut illa, quæ adversus eom comparata est, qui cautioni judicio sistendi caussa non paruit: quam ideo incerti actionem nominari constat: quia sit in id, quod actoris interest. *L. ult. D. si quis in jus voc. non ierit.*

10 Hoc † quidem constat, actionem præscriptis verbis ex omnibus quatuor generibus contractuum propositis esse in id, quod mea interest. De duobus illis non dubitatur, cum do, ut facias, vel facio, ut facias: *L. si tibi decem, hoc tit.* quandoquidem cum in his dicimus actionem esse in id. quod interest, regulam juris sequimur in omnibus aliis faciendi obligationibus constitutam; est enim in his petitio et condemnatio in id quod interest. *L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus, D. de verb. obl. L.* 1. *in princ. D. de act. empt. L. si quis ab alio*, §. *ult. D. de re jud.* In reliquis duobus generibus, idest, cum do, ut des, quia id agitur, ut quid nobis detur, conveniens esse videbatur regulæ juris, quæ servatur in dandi obligationibus, ut esset actio de eo, quod dari debuit, non autem in id, quod interest. Cum enim dicitur dandi obligatio, quæ ex stipulatione est, certa esse, *L. ubi autem.* §. *ult. D. de verb. obl.* vi ipsa hoc dicitur, ex eo genere in id, quod interest, actionem non esse: alioqui et ipsæ obligationes dandi essent incertæ: cum id, quod interest, sit, ut jam dixi incertum. Nunc autem etiam in his generibus posterioribus hoc observatur, ut sit præscriptis verbis actio in id, quod mea interest illud, de quo convenit, accipere. *L. naturalis, in pr. eod.* in quo non dubium est, quin a regula juris, et cæterarum dandi obligationum recessum sit in hac actione. Cur sit recessum, cum par videatur ratio, non immerito dubitatur. Et in *L.* 3. *C. de inutil. stip.* scriptum est, hunc esse effectum incertæ actionis, ut ita condemnatio concludatur. Ex quo colligimus, sic ab initio in his contractibus datam esse ex pacto actionem: ut tamen omnibus rebus placeret eam incertam esse, idest, non solum nomine et titulo actionis incertam: sed etiam rei petitione: denique non sic esse datam, ut præcise actor posset petere rem promissam sibi dari, sed solum, quod sua interest. Utrum † res in judicium 11
deducatur, an id, quod actoris interest, hæc istarum rerum differentia est, quod si res petatur, una cum re etiam fructus, et omnes accessiones post litem contestatam veniant. *L. cum fundus, in prin. D. si cert. pet.* si id solum, quod interest, habetur tantum ratio æstimationis ejus quæ fuit tempore litis contestatæ: neque actio postea locum habet ad incrementum, aut diminutionem Arg. *L. ubi. D. de eden.* de quo scripsimus abunde ad *L. vinum. D. si cert. pet. et L. si quis ab alio, D. de re jud.*

CAP. XXIV.

Actionem in factum generis verbum esse: ejus species duas, civilem in factum, et prætoriam: atque hanc rursum duplicem, et quænam hæ species.

De actione in factum præter ea, quæ supra dixi, hæc habeo, quæ moveam: cum actio præscriptis verbis, quæ civilis est, sit in factum, ut supra diximus: præterea, quæ prætoriæ incertæ sunt ex maleficiis, aut quasi maleficiis, dicantur in factum, *L. quia actionum, hoc tit.* hinc satis intelligi actionem in factum dici, omnem actionem incertam, proinde generis nomen esse, cujus duæ sint species: civilis in factum, quæ

proprio vocabulo dicatur præscriptis verbis: tum in factum prætoria, quæ proprie et absolute dicatur in factum. Sic autem proprie dici actionem in factum, constat *ex d. L. quia actionum, et L. actionum, §. pen. D. de obl. et act.* Quæ eadem ex re facile intellectu est, hoc verbum et generaliter accipi et specialiter: prorsusque in eo idem evenire, quod in verbo adoptionis, actionis, cognationis: de quibus sui loci consulendi sunt, *L. 1. et L. 3. D. de adopt. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. sign. L. non facile, §. cognationis, L. Jurisconsultus, §. 1. D. de grad.* Illud adiiciendum est, actionis in factum, quam proprie ita appellari diximus, duas esse species, quædam enim adiuvandi juris civilis gratia comparatæ a Prætore nominatim ejus edicto propositæ sunt: qualis est, quæ patrono datur adversus libertum, a quo contra edictum prætoris in jus vocatus est: de qua in *d. L. actionem, §. pen. de obl. et act.* aliæ juris civilis supplendi caussa receptæ sunt ex legum sententia: receptæ, inquam, ex jurisdictione Prætoris magis, quam edicto propositæ: quales sunt actiones in factum accommodatæ lege Aquiliæ, quas supplet prætor in eo, quod legi deest, ut est, in *d. L. quia actionum, hoc tit.* supplet autem ita, ut cum postulantur, eas secundum formam jurisdictionis det pretor, ut ibidem scriptum est: non etiam, ut nominatim edicto proposito eas pollicetur. De hoc genere scripta est tota, exemplis ad eam legem accommodatis, *L. qui servandarum 14. eod.* cujus initium, quia nonnihil obscuritatis habere videtur, breviter exponam.

Ad L. qui servandarum, 14 in princ. D. de præs. verb.

Qui servandarum mercium suarum caussa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione, inquit Ulpianus. Falsum est, dicet aliquis: tenetur enim magistro navis actione ex conducto, ut detrimentum pro portione sarciat. *L. 2. D. de leg. Rhod.* Sed quod dicitur nulla actione eum teneri, sic accipiendum est: ut nulla teneatur ob id factum, sive ob id, quod ipse merces in mare projecit: quod enim tenetur, non propter jactum suum tenetur; sed quia propter eum jactum merces suas salvas habuit, ut declaratur in *d. L. 2. in princ.* illic, *æquissimum, enim, de L. Rhod.* Ex quibus utrum dicamus, multum interest. Nam si ob jactas a se merces teneretur, in solidum teneretur ob damnum datum, et teneretur domino mercium, cui eo facto nocuisset. Nunc autem tenetur tantum magistro navis, et tenetur pro portione tantum commodi, quod ex eo jactu consecutus est. *L. amissæ, d. L. 2. in prin. de L. Rhod.* Unde et cæteri quoque vectores pro portione conferre debent: denique dicuntur res ipsæ; quæ salvæ factæ sunt, id tributum debere: ex quo evenit, ut etiam dominus navis pro portione obligetur. *d. L. 2. §. cum in eadem, de L. Rhod.* Itaque magis res ipsæ servatæ teneri dicendæ sunt, quam personæ. Ait Ulpianus, *sed si sine caussa id fecisset, in factum.* Sine caussa merces proiiciuntur in mare, cum nulla necessitate jactus faciendi navis premitur: ut quamvis manentibus in nave mercibus; nullum tamen periculum immineat a tempestate. Qui ita merces alienas in mare proiicit, non tenetur lege Aquilia: quia res jactæ perdurant nihilominus, neque rumpuntur. Sed quia his, quamvis integris manentibus, dominus tamen earum damnum facit; ideo qui projecit, tenetur actione subsidiaria in factum ex legis sententia. *§. ult. Inst. de L. Aquil. d. L. quia actionum, hoc tit.* Ait, *si dolo: de dolo tenetur.* Imo in factum, dixerit aliquis. Nam et qui servum alienum spoliavit, fecitque ut is frigore moreretur, etsi dolo eum fecisse perspicuum sit: tamen in factum actione tenetur, ut ibidem in *§. seq.* Ulpianus subiicit. Et quod ad hanc speciem, de qua agimus, plane pertinet, idem respondet de eo, qui damni dandi caussa, idest, data opera calicem argenteum in mare projecit. Denique huc referri debet, quod supra disseruimus, si remoto dolo quis ob aliquod factum suum teneretur aliqua actione, probandum esse eum, et in eodem facto quamvis dolo ejus interveniente eadem actione teneri. Et ne discedamus a lege Aquilia, is hac lege tenetur, qui culpa quid rupit. Si dolo rupit, non minus eadem lege agitur. *L. 5. §. injuriam, D. ad L. Aquil.*

Quapropter et de omni alio damno, deque actione in factum ad eam legem accommodata idem statuendum est. Quid ergo est? Is hoc loco intelligendus est de dolo malo merces in mare proiicere, non qui scit navem non laborare, et nullum jactum esse necessarium (nam et hic pariter in factum actione tenetur, ut pariter teneretur lege Aquilia, qui quid quamvis dolo rupisset) sed

is, qui laborante quidem nave projecit merces in mare: sed ita, ut prius ejus dolo fieret, quo navis laboraret, idest, magis oneraretur, quam par esset, ut hinc caussa exsisteret exonerandæ navis: qua occasione deinde usus merces projecit. Hoc casu in factum actione ex sententia legis Aquiliæ non tenetur. Nam ei tunc solum locus est, cum damnum datum est iniuria, idest, culpa. *L.* 3. *L.* 5. §. *iniuriam, L. si putatur, L. in lege, D. ad leg. Aquil.* Sine culpa autem jactus fit, cum ob tempestatem navis periclitatur. Superest igitur, ut teneatur de dolo, qui huue dolum et machinationem adhibuit, ut damno dato lege Aquilia teneri non posset, neque ex verbis, neque ex sententia. Summa hæc est: Qui alienas merces in mare projecit, siquidem nulla necessitate levandæ navis cogente, in factum totius damni nomine domino mercium tenetur; sin necessitate urgente, interdum tenetur ob id factum, interdum non tenetur. Si ei necessitati caussam dolo malo dedi, tenetur: sed de dolo actione, non in factum si nihil in ea re dolo malo fecit, sed unum habuit propositum mercium suarum servandarum nulla tenetur actione ob id factum. Etsi ob lucrum quod inde consecutus est, pro portione teneatur magistro navis, ut amissarum mercium detrimentum sarciatur.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM, DE ÆDILICIO EDICTO.

CAP. I.

Edictum ædilium restitutum: et in eo tituli de ædilicio edicto argumentum et summa.

Aedilium curulium jurisdictionem fuisse de quibusdam caussis constat ex Justiniano, *in §. prætorum, Inst. de jure nat. gent. et civili*. De quibus et edictum proposuisse eos idem scribit. Id edictum est, quod nunc proponitur. Ejus tria capita sub hoc titulo in Pandectis exstant: quorum duobus prioribus de rebus distractis cautum est: neque iis tamen omnibus, sed uno de mancipiis. *L. 1.* Altero de jumentis, et omni reliquo pecore in *L. Ædiles ajunt.* Tertium est caput, quod nihil ad emptionem pertinet, quo ædiles de omni nocente animali præcipiunt, ne eo loco habeatur, qua vulgo iter fiat: et si contra factum erit, qua ex re nocitum esse dicatur: actionem certam eo nomine constituunt, exstatque in *L. hi enim 40. et L. seq.* Quod cum per se expositum esset; non est in ejus explicatione a Jureconsultis laboratum: certe quidem ejus interpretatio hoc titulo tota prætermissa est. In duobus illis superioribus explicandis, quæ sunt de mancipiis et jumentis redhibendis, quorum utilitas in omni venditione latissime patet, omnis hic titulus versatur. De quibus etiam nobis cognoscendum est. Eorum hæc summa est, et argumentum. Ne qua in re emptores a venditoribus deciperentur, voluerunt ædiles quædam a venditoribus prædici, et caveri: de quibus hoc edicto diligenter, et accurate caverunt. Quæ omnia in eo genere sunt, propter quæ aut non consequatur emptor de re, quod expectavit, aut res ei distracta inutilis reddatur: certe non ita utilis, ut secundum naturam ejus rei, quæ veniebat, exspectare debuit; quo in numero vitia sunt. Vitia scilicet cujusque rei, quæ venditur, emptori nota esse voluerunt. Quod si quid contra factum esset, quam edicto comprehensum est, rem in ea caussa esse jusserunt, ut redhiberi, idest, venditori reddi posset, resque inempta fieri, quamvis de eo nihil nominatim convenisset. Deque eo actionem emptori, eique ad quem ea res pertinet, intra certum tempus constituerunt. Ea actio ab his triplex est constituta. Nam et ad rem redhibendam actionem primum polliciti sunt: et quæ res in ea caussa esset, ut posset redhiberi, de ea, si redhiberi non placeret, quanto minoris esset: et præterea in id quod interest, si quidem dolo venditoris illa præstita non essent, actionem dederunt. Cætera capita etiamum hodie integre scripta suis locis exstant. Primum caput, quod in principio tituli exstat, ita restituendum est.

Edictum ædilium curulium suæ integritati restitutum.

Qui mancipia vendunt, certiores faciunt emptores, quid morbi, vitiive cuique sit: quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit; eoque omnia, cum ea mancipia veneunt, palam ac recte pronuntianto. Quod si mancipium adversus eam venierit, sive adversus quam dictum promissumve fuit, cum veniret, fuerit; quod ejus præstari oportere dicetur, Emptori, omnibusque, ad quos ea res pertinet. Hactenus verba fragmenti. Hic illa verba interserenda sunt continenter: *in eum, qui vendidit, cujusve maxima pars in ea venditione fuit, in sex mensibus, quibus experiundi facultas erit.* Sequuntur fragmenti verba, *judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem, traditionemque opera emptoris familiæ, procuratorisve factum erit: sive quid ex eo post venditionem datum, acquisitum fuerit: et si quid ei in venditione accesserit, sive quis ex ea re fructus, ad emptorem pervenerit, ut ea omnia venditori restituat. Tum si quid emptori pro eo homine aberit, sive quas accessiones ipse præstiterit, ut recipiat.* Hæc verba, si quid emptori pro eo homine aberit, a me adjecta sunt, quibus ad sequentis clausulæ conditionem transitus paratur. Jam ergo clausula, quæ sequitur hoc loco subiicienda est: *Si et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, arbitrio judicis non reddetur, cujusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur; quanti utraque res fuerit, in tantam pecuniam judicium dabimus, ut condemnatio sequatur. Idem adversus eum faciemus, cui volenti mancipium redhibitum fuerit.* Sequuntur fragmenti verba: *Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortisve consciscendæ caussa quid fecerit, sive in arenam depugnandi caussa ad bestias intromissum fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto.* Jam hæc a me inserta sunt; *Idem in notione cujusque mancipii faciunto. Item ne veteratorem pro novitio vendunto.* Sequitur fragmenti particula: *Ex his enim caussis eodem modo judicium dabimus.* Deinceps quæ sequuntur, a me restituta sunt edicto, usque ad extrema illa verba. Hoc amplius. *Ad extremum in suprascripta aliqua caussa mancipium non esse emptori, si quid postulabit, cavento. Si contra factum erit, sive quid ita convenerit, ut nisi mancipium placeret, redhiberetur: de mancipiis inemptis faciendis ob eam caussam, quod cautum non erit, in diebus duntaxat sexaginta: de eo autem, quod nisi placeat, redhiberi debet, etiam ultra id tempus caussa cognita judicium dabimus. Item omnium earum rerum nomine, quæ suprascriptæ sunt, quanto minoris cum venierint, fuerint, in anno: si quid autem cum postularetur, cautum non erit, etiam in id quod interest, in sex mensibus judicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus. De mancipio, quod rei minoris venditioni accesserit, judicium non dabimus.* Illa verba, *in eum, qui vendidit, cujusve maxima pars in ea venditione fuit*, in edicto ædilium fuisse de iis, in quos hæc actio proponebatur, testatur Paulus in *L. justissime.* 44. §. *proponitur.* Illa item fuisse de tempore, intra quod hoc judicium datur, *in sex mensibus, quibus experiundi potestas erit*, ex his locis cognosci potest. *L. sciendum*, 19. §. *ult.* et *L. cum sex.* 55. Totam illam clausulam, *si et quanta pecunia*, Ulpianus edicti fuisse ostendit in *L. ædiles etiam*, 25. qui in fine ejus capitis ita scribit. Præterea in edicto dicitur sic. *Et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, non reddetur: cujusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur.* Hactenus ille. Ex quo loco facile conjicere possumus, verba hæc sub conditione fuisse concepta, ut aliquid polliceri intelligerentur ædiles sub ea conditione, si et pecunia eo nomine soluta non reddetur, et emptor eo nomine obligatus, non liberabitur. Id autem est, quod subjeci: condemnatio videlicet in id, quanti ea res est, si illa facta non erunt. Quod idem Ulpianus indicat paulo post in *L. illud*, 29. §. 1. Nam cum dixisset ex suprascriptis verbis, quid emptori præstandum esset: subjunxit ex edicto, condemnatio autem fit, quanti ea res est. Illam clausulam, *Idem in notione cujusque mancipii faciunto*, transtuli ex Ulpiano in *L. quod si nolit.* 31. §. *qui mancipio.* Illam sequentem de veteratoribus, ex Paulo in *L. præcipiunt*, 37. Sequitur, *Ad extremum in suprascripta aliqua caussa mancipium non esse.* Hoc edicto ædilium præcipi Cajus docet in *L. itaque*, 32. Ajunt præterea ædiles, *sive quid ita convenerit, ut nisi mancipium placeret, redhiberetur.* De hac quoque re edicto ædilium caveri testis est Ulpianus in *L. quod*

si nolit. 31. §. *si quid ita.* Sequitur de tempore, quod peculiariter in duabus suprascriptis caussis ab ædilibus constitutum est. Primum illa verba, *ob eam caussam, quod cautum non erit, in diebus dumtaxat sexoginta,* docet fuissse Cajus ih *L. si venditor*, 28. Deinde sequitur: *de eo autem, quod nisi placeat, redhiberi debet, etiam ultra id tempus,* quæ verba item fuisse in edicto Ulpianus docet in *L. quod si nolit,* 31. §. *si quid ita.* illa clausula, *Item omnium rerum*, a me restituta est ex his locis, *L. sciendum*, 19. §. *ult. et L. si venditor*. 28. Extremam illam clausulam, *De mansipio,* et cætera ex Paulo restituimus, *L. justissime.*

C A P. I I.

Partitio hujus tituli: quas ad res vendita edictum ædilium pertinet: tum generales caussas ad redhibendum esse quatuor, et de earum sententia.

S U M M A R I A.

1. *Rerum ordo et partitio.*
2. *Edictum ædilitium verbis quidem ad mancipia et jumento dumtoxat pertinere, at vi ipsa et sententia res omnes venales continere.*
3. *Caussas redhibendi alias esse generales, speciales alias.*
4. *Quot et quæ generales, et de harum singulis.*
5. *Morbi vitiive nomen et appellatio quid differant.*
6. *Qui morbus aut vitium det locum redhibitioni; singulorum exemplo illustratur.*
7. *Ædilitium Edictum ad vitia animi non pertinere, nec ex his esse redhibitionem, sed actionem ex empto.*
8. *Quatenus et quibus de caussis redhibitioni sit locus* et num. 10.
9. *Quæ dicta præstanda sint : ut si secus fiat, redhibitio locum habeat.*
11. *Quarum rerum nomine venditores ex hoc edicto cavere debeant, et qui hujus cautionis effectus.*

Proposito edicto, jam de re tota expli-
1 catius hoc † ordine dicere incipiam. Complectar primum ordine eas caussas, propter quas res omnes redhiberi possunt; simul in universum, quando res quæque redhiberi possit; et quibus io generibus contractuum, ostendam. Deinde dicam de actionibus separatim, quæ de iis rebus constitutæ sunt hoc edicto; quæ res in ea sunt caussa, ut possint redhiberi. Isto enim modo rem omnem, et hujus edicti sententiam facile assequi posse videmur. De caussis, propter quas res red-
2 hiberi possit, dicam, si prius illud † admonuero. edictum ædilium curulium de mancipiis quidem, et jumentis. quæ quis venderet, verbis propositum fuisse: verum vi ipsa, et sententia de venditionibus omnium rerum esse, tam earum, quæ soli. quam quæ mobiles, aut se moventes sunt, in quibus scilicet una aliqua caussa interveniat ex iis, propter quas mancipia. aut jumenta redhiberi debent. Nihil enim caussæ est. cur quod in mancipiis, aut jumentis distractis cavetur, id nulla habita ratione exempli ad cæteras quoque res venditas non transferatur. *Arg L. regula*, §. *ult. de jur. et fac. ign.* Hoc est, quod Ulpianus in *L.* 1. refert Labeonem id scribere. Ex quo intelligi potest non de aliis edixisse ædiles: sed tamen ad cæteras quoque pertinere existimatum esse eadem ratione. Nam si de omnibus rebus ædiles cavissent, ita diceret Ulpianus: hoc edictum de venditionibus omnium rerum scriptum est, neque ad id probandum. quod ex edicto per se notum esset, Labeonis testimonio uteretur. Hoc posito, animadver-
tendum est, † alias ad redhibendum caussas 3
esse generales, et omnium rerum communes, quia in omnes res sua natura cadant; alias speciales, quæ in mancipiis et jumentis tantum valeant, quæ ædicto comprehensæ
sunt. Generales † quatuor sunt: una, si quid 4
morbi. vitiive sit, quod non palam, et recte venditor in re vendita pronuntiaverit. Ob hanc caussam non magis mancipia. jumentave, quam vitiosæ ædes, ager pestilens. vitiosus pannus redhiberi potest. *L. etiam. hic. L. 4. C. eod. tit.* Altera, si quid dictum promissumve est in re vendita, quod præstari oporteat: contra quod a venditore fa-

ctum fuerit. Est enim in cæteris omnibus rebus, quod de iis affirmemus, aut promittamus non minus, quam in mancipiis. Tertis ex conventione, si quid ita venierit, ut nisi placeret, redhiberetur. Nam et de omnibus rebus hoc convenire potest. Postrema, si de vitiis cujusque rei morbisve emptori postulanti cautum non erit.

5 In bis. † quid morbi, vitiive appellatione contineatur, item qui morbosi vitiosive sint, in edicto tractatur sub hoc titulo cum definitione primum, tum deinde variis exemplis morborum et vitiorum ad eam regulam, quæ initio posita est, accommodatis. Idque agitur a *L.* 1. *§. sciendum, usque ad L. quis sit fugitivus.* 17. In qua disputatione hæc est summa Ulpiani sententiæ: differre quidem inter se morbum, et vitium, si subtiliter ista tractare velimus, et vim cujusque verbi propriam, quæ sit, disputando notare: huc pertinere Sabini sententiam de utriusque differentia, quam hic initio prius retulit, et quæ alibi est Modestini. in *L. L. inter §· pen. de verb. sign.* Sed quod ad hoc edictum pertineat, putare Ulpianum non quidem ista non distare; sed ædiles ista ab hac difficultate revocantes tollendæ dubitationis caussa bis idem *κὰτα τύ αυτὸ* dixisse: ut si quis putaret non omnia impedimenta corporis utraque appellatione contineri, sive quæreret quæ impedimenta morbi appellatione significarentur, quæ vitii: intelligeret utrumque ideo conjunctum esse, ut non dubitaret omne impedimentum rei, quodcunque esset, edicto comprehendi. Efficieturque hæc summa: ut quidquid erit tale vel in corpore humano, vel in cæteris rebus, quod ministerium, usumve ejus impediat, sit redbibitioni locus. *L.* 1. *§. sciendum.* De sententiis quidem veterum Jurisconsultorum de morbi vitiique significatione hoc loco id monere possum, quod ast apud A. Gellium *L.* 4. *Cap.* 2. non idem illis in hac re placuisse. Labeo enim, cujus Cælius Sabinus sententiam refert, et sequitur (et hunc Sabinum Ulpianus hoc loco intelligit) morbum esse definivit *habitum cujusqus corporiscontra naturam, qui usum ejus ad id faciat deteriorem. cujus caussa natura nobis ejus corporis sanitatem dedit; id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere. Namque totius corporis morbum esse: puta φθισιν febrem: partis, veluti cæcitatem. Vitium autem a morbo multum differre: utputa si quis balbus sit. Nam hunc magis vitiosum esse, quam morbosum.* In summa ut A. Gellius ait, morbi appellationem specialem esse, vitii generalem: ut quisquis morbosus est, idem quoque vitiosus sit, non contra. Ex quibus verbis conjicere possumus hoc illum sensisse, morbum esse, omnem aut totius corporis imbecillitatem, aut partis alicujus, quæ penitus ejus rei usum adimat, ut cæcitatem. Cæterum si qua unius partis alicujus corruptio, et pravitas ea sit, quæ non ex imbecillitate ejus partis nascatur, neque ejus partis usum auferat, vitium esse, non morbum: ut si quis blæsus sit, aut balbus; si equus calcitro sit, aut mordax. Contra aliis ita visum est, vitium perpetuum esse, morbum autem accessu fieri, et recessu. In qua sententia refert A. Gellius Massurium Sabinum fuisse, quam eandem Modestinus secutus est. Sic enim ille definit in *L. inter, §. pen. de verb. sign.* Morbum esse temporalem imbecillitatem: vitium vero perpetuum corporis impedimentum. Secundum quam sententiam cæcitas morbus non est, ut Labeoni visum est, sed vitium Cicero *Lib.* 4. *Tuscul. quæstio.* aptissime definisse videtur, morbum esse totius corporis corruptionem, et imbecillitatem: vitium vero unius alicujus partis, membrorumve depravationem, quæ integra valetudine corporis contingit. Quæ definitio cum illa Modestini superiore plane convenit. Nam totius corporis et valetudinis ejus perturbatio, temporalis sit necesse est: nisi corpus continuo interire velimus? quæ ipsa morbus a Cicerone definitur. Quæ autem depravatio et distortio in singulis partibus contingit salva valetudine corporis, ea ejusmodi esse solet, ut perpetuo maneat. Hæ controversiæ cum non fugerent Ulpianum, ab iis consulto refugiens ostendit nihil referre hoc quidem loco, quid alterum ab altero differret: quia sive ex horum, sive ex illorum sententia hæc verba accipienda essent, ædiles tollendæ dubitationis caussa de utroque edixissent. Neque ideo tamen definitionem Modestini, quæ a Triboniano in Pandectas relata est, reprehendit, qui in verbis ipsis differentiam esse non negat, etsi in hoc edicto nullam esse existimet. Sed nec Sabini definitionem probat, quam refert tantum, nec ad hoc edictum pertinere ostendit.

Hoc solum jam maneat, cum his verbis omne impedimentum, omnisque imbecilli-
tas corporis significetur: † quidquid erit 6
tale, quod usum, ministeriumque rei impediat, id dare locum redhibitioni. Idque quale sit, facile in singulis rebus intelligi potest. Natura hic est agrorum usus, ut colendo ex his fructum percipiemus; ædium, ut in inhabitemus. Sit ager, aut ædes pestilentes, vel putribus, et stagnantibus jamdudum aquis, aut latrinis vel veteris cloacæ humore infectæ, in ea caussa sunt, ut red-

hibeantur. His enim rebus fit, ut quem ad usum paratæ sunt, his uti non possimus. Vitiosæ igitur ex superiore definitione. *L. si prædium, C. eod. tit. L. etiam in fundo, hic.* Eodem modo pannum vitiosum recte dixeris, qui sit pertusus, et quo propter aliquam labem, vel aliam caussam ad vestiendum uti non possis. Quare et hic erit in ea caussa, ut redhibeatur. Ex hac definitione de rebus omnibus, quæ non omnino secundum naturam reliquarum ejusdem generis natæ, factæve erunt, quid juris sit, existimari potest, ut, si homo pluribus, aut paucioribus digitis natus sit, si aliquo membro debilitatus, si spado sit. Nempe eum ita redhiberi posse dicemus, si eæ naturæ depravationes impedimento fuerint, quo minus ea parte utatur, in qua ea depravatio est vel imbecillitas: Sin minus, redhibitionem non esse *L. 6. l. item o filius. L. qui clavum, in prin. L. quæritur, §. si quis digitis, hic.* Ex quo efficitur, nec levem febriculam, nec quemvis alium levem morbum dare locum redhibitioni: quia non sint hæc ejusmodi, quæ usum impediant, ministeriumque servi. *L. 1. §. proinde. L. 4. §. ult.* Illud notan-
7 dum est, † vitia hoc edicto intelligi corporis, non animi, ut ex illis redhibitio sit, ex his non item. Argumento est, quod nominatim postea de errone, et fugitivo edicitur: quæ vitia animi sunt, non corporis. Quod adeo verum est: ut ne in jumentis quidem, si quod animi vitium sit, ea redhiberi queant. *L. 1. §. ult. L. 4. §. idem Pomponius, hic.* Nullane igitur propter animi vitia actio erit? Imo vero erit ex empto, si aut venditor se præstaturum esse vitium promisit, aut cum sciret id vitium, reticuit. *L. 4. §. idem Pomponius, et seq. hic.* Ex empto autem actionem cum dicimus, in id quod interest intelligimus, quia factum non est quod fieri debuit. *L. 1. in princ. de act. empt.*

Non statim tamen si mancipium morbosum, aut vitiosum est, judicium ædiles ad re-
8 dhibendum dant; sed hoc † cavent, ut vitia si qua sunt, ea *palam et recte* pronuntientur, ne emptor decipiatur: quam ob caussam si contra factum sit, judicium pollicentur. *Palam* sic accipere debemus non in propatulo, aut in publicum; sed ita, ut emptor exaudire possit. *L. heredes palam,* de testam. *Recte,* idest, non ambigue, non obscure, sed aperte, et intelligibiliter, sic ut vitium ipsum notetur. Alioqui si quid erit ambigui, ut res in aliam partem accipi potuerit; id venditori nocebit, non emptori. *L. veteribus de pact.* Idem in cæteris rebus quas pronuntiari jubent ædiles in edicto, deinceps intelligendum erit.

Secundo loco pollicentur ædiles actionem, ut res redhibeatur, si adversus quam dictum, promissumve fuit, quod ejus præstari oportent, factum fuite. *Dixit,* qui de re aliquid affirmavit, quasi ei adesset, aut abesset. *Promisit,* qui non dixit solum, sed etiam pollicitus est, affuturum, aut etiam spopondit, *L. sciendum, §. dictum, hic.* Itaque adversus dictum, promissumve facere videntur, qui id, quod in re esse, aut affuturum esse dixerunt, non præstant: ut, si furem non esse dixerint, et fur sit; si artificem, et non sit. *L. quis sit, §. ult. hic.* Non tamen omne † dictum præstandum est. Idcirco edicto 9
adjectum est; *si adversus quod dictum, factum fuerit, quod eius præstari oporteat.* Quæ igitur dicta præstanda non sunt? Et ait Ulpianus in *L. sciendum* ea, quæ ad nudam laudem rei pertinent. At quæ ista nuda laus est? Quid enim interesse ad laudem putamus, dixerit aliquis, utrum ita venditor dixerit frugi servum esse, et dicto audientem; an vero ita, laboriosum esse, curracem esse, vigilacem esse? Ex quibus tamen hæc præstanda Cajus ait: in *L. si quid venditor, hic.* Illa non esse præstanda Ulpianus, in *D. L. sciendum.* An ea ad nudam laudem pertinere, et jactari dicemus, quæ non ita dicuntur, ut præstentur: eoque illa solum dicta præstanda esse, quæ non simpliciter dicta, et nudo sermone finita sunt, sed de quibus nominatim actum est, ut præstarentur? Quid his Prædii verbis Ulpianus innuere videtur: *Multum interest, inquit, commendandi servi caussa quid dixerit, an vero se præstaturum promisit, quod dixit.* Quasi dicat: Nisi præstaturum se dixerit, commendationem solam non afferre necessitem præstandi. Sed hoc sensu frustra, *dictum,* adjectum est in edicto, si id tantum, quod promissum fuit, præstandum est. Et magis est, ut ea ad nudam laudem pertinere et commendandi caussa solum dici videantur, quæ generaliter de bonitate rei prædicantur, non certo aliquo in genere laudis aut artificii, aut bonitatis. Ejusmodi enim omnes de rebus vendendis prædicare solent, rem bonam esse, servum esse frugi, dicto audientem, postquam emptor emerit non velle emptum non esse. *d. L. sciendum in princ.* At cum certum genus artificii, bonitatisve venditor expressit, propter quod res pluris vendi solet, et talem se vendere dixit: sine dubio id præstare debebit. Veluti si servum coquum esse dixit, si dixit esse peculiatum, si aleatorem non esse, non furem prædicavit, si pannum esse de nota Rothomagensi, si Hispanicum, si aliunde deni-

que esse affirmavit, et pro tali vendidit; quia hæc omnia talia sunt, propter quæ pluris res emantur, et sine quibus interdum omnino res empta non esset: ejusmodo *dicta* sunt, ut præstari oporteat. Sic enim hæc dicuntur, ut præstentur, non ut jactentur; alioquin nominatim non designarentur. *L. ea quæ commendandi, de cont. empt. L. sciendum, §. plane. L. si quid venditor, hic.* Postremo illud erit certum indicium, aliquid dictum esse, ut præstetur, si propter id quod dictum est, et rem talem esse affirmatum est, consecutus est venditor, ut pluris venderet. Id autem tum fit, cum specialiter aliquid de re affirmat, propter quod res pluris esse solet, et talem se vendere profitetur.

10 Tertia † caussa est, propter quam rem redhiberi posse diximus, si ita convenerit, ut nisi placeret, redhiberetur. Sed quid opus fuit hac de re ædiles cavere, cum in eam rem ex empto actio sit? Nam omnia, de quibus inter emptorem et venditorem convenerit, in eam actionem veniunt, etsi ad resolvendam emptionem pertineant. *L. sed et Celsus. §. si fundus, de contr. empt. L. ex empto, de act. empt.* Et sic res habet: ut si perpetuo ex hac conventione actio ex empto competeret, nihil opus hoc edicto fuerit, cum civilis esse. Sed cum nullum tempus adjectum est, intra quod res redhiberi possit, inciviles esse putaverunt ædiles ex hac conventione perpetuo rem in ea esse conditione, ut redhiberi deberet. Hic ergo tempus præstituerunt, intra quod res si displiceret, posset redhiberi. Postremum est, quod † in omnium rerum vitiis, morbisve 11 exigere intelliguntur ædiles, postquam hoc edictum ad omnes venditiones pertinet, ut non tantum illa prædicent venditores, de quibus edicto cautum est; sed etiam ut caveant rem in aliqua caussa earum rerum non esse. Quæ res cum multæ sint, quæ specialiter postea exigantur in venditione mancipiorum: de his etiam hæc cautio multo magis exigitur. Hæ sunt illæ stipulationes, quæ ab ædilibus proponi dicuntur, sanum esse, fugitivum non esse, noxa solutum esse, et cæteræ, quæ æditiiæ appellantur. *L. si ita quis, de evict. §. prætoriæ. Inst. de divis. stipul.* Neque has ideo inutiliter exigi quisquam existimet, quia si res vitiosa, morbosave sit, etiam sine stipulatione cautum sit venditori. Nam cæteræ actiones aut ad redhibendum competunt, aut in id dantur, quanto minoris, cum venierint, fuerint. Hæ autem stipulationes etiam adversus ignorantem in id quod interest, committuntur, quod omium stipulationum, quæ in faciendo consistunt, commune est. *d. L. si ita quis, de evict. L. stipulationes non dividuntur, vers. Celsus. de verb. oblig.* Jam vero id quod interest nostra rem vitiosam non esse, longe interdum pretium rei excedit.

CAP. III.

Speciales ad redhibendum caussæ, quæ: et quid his contineatur.

SUMMARIA.

1. *Speciales ad redhibendum caussæ enumerantur*, per tot.
2. *Quis sit fugitivus, erro, noxave solutus.*
3. *Quis capitalem fraudem admisisse dicatur.*
4. *Natio cujusque servi nisi in venditione pronuntietur, datur inde redhibitio, et quare.*
5. *Quibus vitiis nationes nonnullæ diffamatæ.*
6. *Veteratur servus quid a novitio differat.*

1 Reliquæ sunt † speciales ad redhibendum caussæ in mancipiis et jumentis, diserte edicto expressæ. Quas ordine persequemur, ut quod necesse sit, suis quæque definitionibus includantur, et planius explicentur. In mancipiis hæ: si quis fugitivus, errove sit, noxave solutus non sit, neque hæc ven-
2 ditor palam, et recte dixerit. † Fugitivus sic recte definitur; qui ea mente fugit, discessitve, ne ad dominum rediret. *L. quis sit fugitivus: hic.* Ex quo intelligitur non statim esse fugitivum, qui fugiendi consilium cœperit: sed ita, si vitium mentis in actum deduxerit, ut alibi eleganter disputat Tryphoninus *L. fugitivus, de verb. signific.* Sed ne hoc quidem satis servum fugisse, ut fugitivus dicatur. Accedere etiam affectum animi; et propositum oportet, ne ad dominum

redeat. Nam enm. qui hostem, aut latronem, incendium, ruinamve, aut præceptoris sævitiam fugerit, fugisse verum est: non tamen fugitivum esse. Quod cum ita sit, ut sine hoc consilio ne ad dominum redeat, fugitivus non sit; quæsitum est, qui semel hoc animo fugerit, si post mutato consilio ad dominum revertatur, quia illud consilium mutarit; an fugitivus esse desinat. Et regula in hac re, cæterisque omnibus delictis eum primis utilis traditur, neminem, eum semel deliquerit, pœnitentia sua desinere nocentem esse. *d. L. quis sit fugitivus.* Erronem sic Ulpianus definit; qui frequenter sine caussa vagatur, et temporibus in res nugatorias consumptis serius ad dominum redit, ab errando. *d. L. quis sit.* §. *erronem.* Noxa servi delictum est: quo nomine noxales actiones proditæ sunt adversus quemcunque dominum, qui servum nunc possideat. Noxa enim caput sequitur. *Inst. de noxal. act.* Noxa igitur solutus est, non qui noxam non nocuit, sed qui noxa, idest, eo judicio, quod noxa secum offert, liberatus est: pro quo dominus damni æstimationem sustulit. *d. L. quis sit* §. *quod aiunt.*

Deinde sequitur in edicto paulo post: *Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortisve consciscendæ caussa quid fecerit, sive in arenam depugnandi caussa intromissum fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto. Ex his enim caussis judicium dabimus.* Recte, hæ enim caussæ ut supra scriptæ illæ de morbo, de fuga, de noxa servi, ejusmodi sunt, propter quas servus, ideoque etiam servi usus domino subtrahatur, dum vel morbo inutilis redditu, vel fugit, vel noxali judicio dedi cogitur, vel ad judicium rapitur ob fraudem capitalem. Idemque ab ipso servo periculum imminere multo magis intelligitur; qui vel consciscendæ mortis caussa quid fecit, vel in arenam ad bestias depugnandi caussa intromissus est; † Fraudem veteres delictum
3 dixerunt: et quia jure, et legibus omni delicto pœna adjuncta est, fraudem etiam pœnam nominarunt, *L. aliud est fraus, de ver. sig.* Capitalem autem rem sic definiunt, cujus rei pœna mors, aut exilium est. *L. licet. de verb. sig. L. edicto, de bon. poss.* a capite, quia utroque modo, idest, morte et deportatione, sive quod idem est, exsilio occidat, ut caput, idest, homo e numero civium eximatur, quia civitatem amittat: *L. 2.* §. *1. de pœnis.* §. *cum autem, quib. mo. jus pat. pot. sol.* ut quod ad civitatem Romanam attinet, nihil intersit, quo modo de medio civium tollatur. Unde et deportatos morti comparari dicimus. *L. 2. in fin. de bon. poss. contr. tab.* Capitalem igitur fraudem admittere, est tale aliquid admittere, propter quod servus capite puniendus sit. *L. cum autem.* §. *excipitur, hic.* Cætera verba exsequitur Ulpianus in *L. cum autem.* Ad has autem caussas quæ proxime scriptæ sunt, addendæ sunt, quas Ulpianus ex interpretatione voluntatis adjungit in *L. quis sit fugitivus.* §. *si quis talis,* hic. *Si quis* inquit, talis sit, qui omnino manumitti non possit ex *constitutionibus* (quo in genere est is, qui adulterium cum domina commisit. §. 1. *Inst.* de ber. Inst.) *vel si sub pœna vinculorum distractus sit a domino, vel ab aliqua potestate damnatus, vel sit exportandus* (de quibus vide titulum *C. qui non poss. ad libert.* perven.) *æquissimum erit etiam hoc prædici.* Merito: non enim minus ex his caussis servus auferri potest emptori, quam si capitalem fraudem admiserit.

4 Deinde præcipiunt ædiles, *ut † nationem cujusque in venditione pronuntient, qui mancipia vendunt:* quia, inquit Ulpianus, *L. quod si nolit,* §. *qui mancipia,* hic. *natio cujusque plerumque provocat emptorem ad emendum, aut ab emendo deterret. Præsumptum est enim, quosdam servos bonos esse, quia nationis sunt non infamatæ: quosdam malos quia ea nationis sunt, quæ magis infamis est.* Et sano constat † alias nationes 5
perfidiæ nomine infames esse habitas, ut Pœnos: alias levitatis, ut Græcos: alias desidiæ, et luxuriæ, ut Sybaritas: alias crudelitatis, ut Scythas: nonnullas furtis et rapinis præter cæteras esse deditas: ut hæc etiam in proverbium abjerint. Hinc illa dicta sunt fide Punica agere, idest, nulla. Item, cum Creteusi cretizandum, de homine vano et mendaci de Cretensibus vetus est Epimenidis versiculus, qui et citatur a D. Paulo in epistola ad Titium, cap. 1. Κρῆτες ἀεὶ Ψεῦσται, κακὰ θηρία. γασέρες ἀργαὶ Græcorum levitatem arripuit Cicero *in oratione pro* L. Flacco qua ad detrahendam illorum testimoniis fidem uteretur, Idem de Phrygibus in eadem oratione vetus proverbium refert, *Phrygem plagis fieri meliorem.* Ac deinde post: *Quid de tota Caria hac vestra voce vulgatum est, si quid cum periculo experiri velis, in Caria id potissimum esse faciendum?* Et multa, quæ sequuntur in eandem sententiam. Et omnino uniuscujusque gentis sui quodam modo semper fuerunt mores, quorum nomina aut commendaretur, aut male audiret: ut permagni nostra intersit nationem scire cujusque.

Deinde præcipiunt ædiles, *ne veterator pro*

novitio veneat. Quod quamobrem faciant, Ulpianus interpretatur in *L. præcipiunt.*
6 Hoc quæritur, † veterator a novitio quomodo distinguatur. Ulpianus tempore distinguere videtur, in *d. L. præcipiunt.* Novitia enim mancipia definit rudia: veteratoria, trita et veterana, quasi quæ diu serviendo, et sæpe servitutem commutando usu evaserint callida et vafra. Cælius contra veteratorem non spatio serviendi, sed genere et caussa æstimandum ait: ut sit veterator, non qui diu servierit, sed qui alicui ministerio jam ante præpositus fuerit. Novitius, non qui tyro sit, sed qui nulli ministerio sit præpositus. *L. ult. hic.* Quæ tanquam contraria citantur a Budæo *in annot. ad Pandectas.* Ego an Jurisconsulti inter se dissenserint, et nunquid diversum ab aliis tradere voluerint, affirmare non possum. Illud dico in his quidem verbis, quæ proponuntur, nullam mihi videri dissensionem. Novitium Ulpianus appellat rudem. Et is rudis est, non qui non diu servivit; sed qui ita semper habitus est a venaliciario, ut nulli ministerio præponeretur. Ille veteratorem ait tritum. Recte: sed teritur servus non tempore, sed genere serviendi. Et cum hoc probari facile non possit, an exercitus sit servus in re aliqua, an non sit, ejus rei inde fides fit, si ministerio alicui sit præpositus. Sane in caussa vectigalium cum constitutum esset, ut qui mancipia invecta professus non est, sive venalia, sive usualia, pœna commissi sit, si modo novitia fuerint, non veterana: veterana sic interpretatus est Marcianus, *L. ult. §. quoties, de publ.* quæ anno continuo in urbe servierunt; novitio, quæ anno nondum servierunt. Sed hoc fecit sententiæ ejus loci, quem interpretabatur, serviens, idest, non interpretans, quid generaliter sit novitium mancipium, quid veteranum; sed quid eo loco, cum vectigal exigi pro novitio jubetur; quia ex lege id constabat, aut usu sic observabatur. Neque enim de moribus servi illic agitur, ut in hoc edicto, ad quod superior illa Cælii definitio accommodata est: sed quandiu servierunt in urbe ideo spectatur, ut dici possit illa jam Italica esse, non peregrina. Ut igitur vinum vetus recte dicimus, quod est anni superioris; novum, quod hoc anno natum est, *L. vetus, et seq. de trit. vi. et obl. leg.* Sic veterana quæ jam anno servierint, recte dicemus; novitia, quæ tandin non servierint. Atque hæ caussæ sunt redhibendi in mancipiis. Illæ propriæ in jumentis, si uti optime ornata, vendendi caussa, fuerint, ita emptoribus non tradantur. Sic enim tradi jubentur edicto ædilium. *L. ædiles aiunt hic.* Sed totum secundum caput dilucide scriptum est, et explicatum ab Ulpiano in *L. ædiles ajunt.* Inde petendum est. His sigillatim expositis, summam jam complectar: si res distracta in ejusmodi aliqua caussa erit, qualem huc usque persecuti sumus: quæcumque res fuerit eam ex hoc edicto redhiberi posse.

CAP. IV.

Ad res donatas, locatasve edictum ædilium non pertinere, sed solum ad venditas, et si quæ emptioni accesserunt: in venditis etiam quasdam venditiones excipi, et quæ.

SUMMARIA.

1. *Ædilitium edictum ad res venditas dumtaxat, et harum accessiones pertinere: hoc posterius quale sit, explicatur.*
2. *Quid si venditæ rei hereditas aut peculium accedat, an vitiosum in illo mancipium, de quo nihil cautum est, redhibeatur.*
3. *Homo rei venditæ minoris pretii accedere non potest, hoc est, accessionis locum tenere, et quamobrem.* L. justissime 44. in princ. h. tit. *illustrata.*
4. *Fiscalis tamen venditio Edicto non continetur, adeo ut nec exinde redhibitio datur, nec actio, quanto minoris.*
5. *Ad simplarias item venditiones non pertinet Edictum, quoad redhibitionem; et unde ita dictæ.*
6. *Quarum rerum, est earum venditio ad edictum pertinet, non sit redhibitio.*

Sed si distracta est, inquam. Apparet
1 enim hoc † edictum ad venditiones rerum pertinere. Unde tractatum est, an etiam ad alias res producendum esset, donatas puta, itemque locatas: ut si in eadem caussa essent, resoluto contractu redhiberi possent. Et placet neque ad donationes pertinere, quia nullum sit pretium, quod donatarius recipiat: neque ad locationes, quia non similiter locatio, ut emptio fiat. *L. ad res donatas, et L. sciendum. seq. hic.* Locatio enim dominium mutare non solet: *L. non solet loc.* emptio sic contrahitur, ut apud emptorem res perpetuo maneat. Quod ne accidat, si emptor decipi videbitur, hoc edicto provisum est. Sed ita ad venditiones tantum pertinet hoc edictum, ut si qui emptioni similes sunt contractus, contineantur. In quo genere permutatio habetur. *L. sciendum.* 19. §. *deinde hic.* Tantum enim ob id distare dicitur permutatio ab emptione, quia non potest in permutatione intelligi, quis emptor, quis venditor sit. Re quidem ipsa uterque emptoris, uterque etiam venditoris loco est. *L. 1. de rer. permut.* De re distracta id hoc loco monendi sumus, non tantum rem venditam intelligi eam, de qua emenda principaliter convenit, sed etiam eas, quæ rei venditæ accesserint. Huc referri debere regulam illam veterum, quæ traditur in *L. quod si nolit,* in fin. hic, *quod emptioni accedit, partem esse venditionis prudentibus visum est.* Quod eo pertinet, ut sicut superius venditor de morbo, vitiose, et cæteris quæ ibi comprehensa sunt, prædicere jubetur, et præterea in his caussis non esse mancipium, ut promittat, præcipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et prædicere, et promittere compellatur: modo rem certam accessuram esse dictum sit, aut specialiter, aut generaliter: veluti omnes res, quæ in fundo sunt.

At si quam † universitatem accessurum esse dictum fuerit, ut peculium, ut hereditatem: quamvis in eo peculio vicarii erunt aut in hereditate servi vel ordinarii, vel vicarii; non tamen si vitiosi erunt, aut de iis non cavebitur, redhiberi possunt. Nam cum peculium accessurum dictum est, nihil de servis dictum intelligitur quasi accedere debeant: sed ea tantum accessura dictum est, quæ in peculio fuerint. Ut igitur si nihil omnino esset in peculio, aut esset quidem, sed perquam exiguum, nihil amplius tamen præstare venditor deberet, quia nihil nisi peculium nominavit: ita si quid erit ex parte non tamen integrum, multo minus aliquid eo nomine præstare debebit. *L. itaque.* 32. *et L. proinde, seq. hic.* Hinc pendet, quod de homine ita † cautum fuit edicto, cæteras quidem res homini vendito, cujuscumque pretii essent, accedere posse: hominem autem ei rei, quæ minoris esset, accedere non posse. Et ideo ædiles negant se de eo homine, quasi accesserit, judicium esse daturos: ut sit hic locus ad suprascriptam definitionem exceptionis vice. Hoc autem justissime ab ædilibus cautum esse Paulus ait, *propter dignitatem hominum, ne qua fraus edicto, aut juri civili fieret.* L. justissime, 44. *hic.* Quod ait, *ne qua fraus aut edicto,* 2 3

aut juri civili fiat, hanc sententiam habere videtur. Si rei minoris pretii hominem accedere dicemus, etiam minimæ rei accedet. Hoc modo inventa erit ratio, ut cum servum quis donare voluerit, tamen venditus videatur. Res puta, aliqua minoris pretii vendetur, cui rei jubebitur homo ille accedere. Ita quia pars venditionis sit, venditus quoque intelligetur. Sic eveniet, ut quamvis re vera sit donatus, redhiberi tamen possit, nisi donator in illo ea præstet, quæ in re vendita ædiles jubent. Quod est contra edicti hujus sententiam, quod de rebus tantum distractis judicium pollicetur. Eademque ratione eveniet, ut de eo homine quasi de vendito judicari debeat. Quod in fraudem juris civilis multis modis fieri poterit: quo jure pleraque de venditionibus licent, quæ in donationibus constituta non sunt: puta ut dupla promittatur. Nam hæc de homine vendito, deque cæteris rebus omnibus non contemptibilibus jure civili promitti jubetur. *L. emptori. de evict.* At hic re vera donatus est. Est autem contra juris civilis rationem, ut in aliis contractibus dupla promittatur. Jam et hoc absurdum, inquit Paulus, hominem rei minori accedere. Nam nec in cæteris rebus hoc dicimus. Ridiculum est namque fundum tunicæ accedere. Nec si id fiat, nisi in fraudem fieri potest, ut cum alius contractus in eo fundo agatur, venditionis tamen species quæsita sit. Id si in cæteris rebus probamus, in homine, qui majoris est pretii, probandum est tanto magis, quanto omnibus aliis rebus homo dignitate præstat. Hæc verborum Pauli sententia est.

Hoc edictum, etsi generaliter conceptum est ad redhibitionem rel distractæ ex his caussis, quas exposuimus: nonnullas tamen cautiones habere sciendum est. Nam neque in omnibus venditionibus locum habet, ne-
4 que omni tempore. Primum † ad fiscales venditiones non pertinere placet. *L. 1. §. illud sciendum hic.* Credo propter auctoritatem hastæ fiscales, quam facile convelli propter utilitatem Reip. non convenit; *L. si hypothecas. C. de re pig.* vel ideo, quod fiscus vitia rerum a se venditarum scire non possit: ut ab eo exigi non debet, ut illa prædicantur; omninoque utilitatis publicæ caussa ad res ab eo emendas sic accedi oporteat, ut qua conditione sunt, eadem emantur. Cum autem ædilium edictum ad has venditiones non pertinere dicitur, hoc significatur, non solum non esse, his caussis, quæ edicto comprehensæ sunt, rei fiscalis redhibitionem; sed ne actionem quidem, quanto minoris res fuerit, cum veniat. Nam utraque hæc actio de re non sana hoc edicto
proponitur. Præterea † nec simplariarum 5
venditionum caussa redhibitionem esse Pomponius scribit, *L. si tamen, in fin. 48. hic*, simplarias venditiones vocans rerum minutarum, et contemptibilium: vel a simpla, quæ in hoc genere venditionum dumtaxat promitti debet, cum in aliis omnibus duplæ promissio a venditore exigatur, *L. emptori, de evict.* quod Budæo videtur: vel a rebus, quæ venditione continentur. Veteres enim, ut auctor est M. Varro, res minutas, nulliosque pretii simpularias appellabant: a simpulo, quod parvum vas esse definit minutatim fundens, in cujus locum successisse aut in conviviis, quam ἐπίχυσιν nominat. Festus vas parvum non dissimile cyatho, quo vinum in sacrificiis libabatur. Nec si has res redhibere non licet, ideo fit injuria emptori, qui ut redhibere non possit; de pretio tamen experiri potest, quanto minoris empturus esset. Redhibitionem enim solum hic detrahimus. Potest etiam in re emenda de vitio sibi cavere: ut cum aliter potuerit illi cautum esse, non temere permitti debeat ob res minutas de redhibendo controversiam movere.

Sed nec si earum † rerum venditio sit, 6
quæ ad edictum pertineat, semper tamen redhibitio est. Mitto, si quid de vitiis nominatim venditor exceperit. In quo dubitari non debet, quin etsi ea vitia palam pronuntiata non sint, tamen emptori non dant redhibitionem. *L. quæritur, 14. §. si venditor hic.* Licet enim cuique de re privata, et ad se pertinente pacisci, neque in eo quidquam contra edictum fit, si quis eo jure, quod pro se introductum est, non utatur, *L. pacisci, de pact.* Hoc dicimus etsi nihil exceptum sit, etsi res vitiosa sit, aut non sit in re. quod dictum est: non tamen ea vitia venditori præstanda esse ex hoc edicto, quæ quis non ignorarit. Finge equum cæcum esse, claudum esse, cicatricem in capite, aut alia parte corporis evidentem, et periculosam habere: nihil venditori nocebit, et si ea non palam esse dixerit. Non quod non verba generalia sint edicti de eo, qui quid morbi vitiive sit, non pronuntiarit: sed quod hujus edicti proponendi caussa hæc fuit, ne emptores non admoniti decipiantur. Non decipiuntur autem, qui non ignorant. Ita jam ex sententia venditor non tenebitur. *L. 1. §. si intelligitur, d. L. quæritur, in fin. hic.* Idem dicemus, si quis ædes ruinosas vendendo in re præsenti ædes bene ædificatas dixerit, si servum deformem, speciosum. Nam hæc

cum palam sint, emptor deceptum se esse queri non potest. *L. ea, quæ, de contr. empt. L. si tamen* 48. §. *ei, qui hic.* Solum id agitur hoc edicto, ne per silentium, et reticentiam venditorum emptores decipiantur. *L.* 1. §. 1. *hic.* Unde merito dubitari potuit, an etiam pœna sit reticentiæ ex hoc edicto adversus eos venditores, qui ideo quid vitii in re quaque esset, non pronuntiarunt, quia ipsi quoque id ignorabant. Nam in his nullum consilium fraudis esse potest. Sed apparet ædiles omnino voluisse venditorem teneri, etiam si ea, quæ illi præstari jubent, ignorarit: non tam ideo, quod præcise eos, qui mancipia vendunt, jubent, si quid morbi vitiive sit, palam et recte pronuntiare, nec quidquam addunt, sciant venditores, nec ne: quam quod extremo edicto actionem specialiter in eum constituerunt, qui sciens dolo malo quid vendidisset. Unde colligitur, superiores adversus ignorantes dari. Idque in principio interpretationis edicti notat Ulpianus, in *L.* 1. *Neque hoc iniquum est,* inquit, ignorantam teneri. *Potuit enim ea nota habere venditor: nec multum interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate.*

CAP. V.

De re quæ redhiberi potest, quæ actiones; ac primum de redhibitoria.

SUMMARIA.

1. *Tres esse actiones edicto ædilitio constitutas, et quæ sint.*
2. *Actio redhibitoria cur ita dicta.*
3. *Hæc actio competit dumtaxat ex edicto ædilitio.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Cui competat actio redhibitoria, et adversus quem.*
6. *Sex mensium intervallum, tempus esse huic actioni præstitutum. interdum et duorum mensium; et quibus in casibus.*
7. *Quibus de rebus competat actio redhibitoria.*
8. *Qui finis et effectus redhibitoriæ, redhibere quid sit; et quarum rerum mutua præstatio et* num. 11. 12. 15. 16.
9. *Deteriore re facta post traditionem opera emptoris aut ejus familiæ vel procuratoris, quanto pluris antea fuerit, restitui venditori.*
10. *Opera emptoris familiæ, procuratoris deteriorem rem factam, quo sensu accipiendum.*
13. *Quibus nominibus si res redhibeatur, in præteritum damnum, aut commodum futurum venditori adversus emptorem caveatur.*
14. *An morboso mortuo mancipio, emptor experiri possit redhibitoria ad pretium recuperandum; et quid si emptoris culpa sit mortuum.*
15. *Quid pretii, accessionisve aut obligationis nomine pro re jam redhibita; seu cautione dato a venditore emptor recipere debeat et* n. 16.
17. *Earum rerum præstatione denegata emptori, quanti debeat esse venditoris condemnatio.* L. redhibitoria 45. h. tit. *explicata.*
18. *Arbitrariam esse redhibitoriam in factum actionem.*
19. *Plures emptoris successores non posse pro parte rem redhibere, eoque nec liberari, et quare.*
20. *Et contra pluribus venditoris successoribus rem posse redhiberi pro parte et quæ differentiæ ratio et* num. 19.
21. *In factum actio proposita hoc edicto quæ.*

Superest, ut cum in ea caussa res erit, ut
1 ex edicto redhiberi possit, † quæ hoc nomine actiones hoc edicto constitutæ sint, et quales consideremus. Eas tres esse intellectum est. Unam ad redhibendam rem, quæ distracta est. Alteram in id, quanto minoris res fuerit, quam vendita est, si videatur eam non redhibere. Tertiam in id, quod interest. De duabus illis prioribus diserte edicto cautum est. Tertiam illam in id, quod interest, illis verbis sine dubio ædiles pollicentur; *hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo fecisse dicetur, judicium dabimus.* Judicium sic accipimus, in id quod interest.

Ajunt enim, *hoc amplius* : nimirum id est,
præter suprascriptas illas actiones de quibus
diximus, et quas intra certum tempus pro-
prosuimus, etiam in eum, qui sciens fecerit,
judicium uti ea res erit, dabimus. Quod non
aliud esse potest, nisi in id, quod emptoris
interest, etiam si tanti res non valeat. Quid
verbis opus est? In hanc sententiam pena
diserte rescrispit Antoninus in *L. 1. C. de
ædil. act.* cujus rescripti verba hæc sunt : *Si
non simpliciter, sed consilio fraudis servum
tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum
quis vendidit, isque idem fugitivus abest :
non solum in pretium servi venditorem con-
veniri ; sed etiam damnum, quod per eum
tibi accidit, competens judex, uti jampridem
placuit, præstari jubebit.* De redhibitoria a-
2 ctione primum videamus. † Sic enim dicta
est ea, quæ ad redhibendum competit : non
ut proprium hoc nomen sit actionis ; sed
cum actio in hanc rem inducatur ab ædi-
dilibus intra certa tempora, ad redhiben-
dum autem detur, ideo redhibitoria, appel-
latur. Sic de peculio dicuntur actiones, quæ
ex contractibus filiorum familias adversus
patrem dantur, non quia sint actiones ullæ,
quæ ex ea caussa nascantur : sed cum deposi-
ti actio sit, exempli gratia, ex eo, quod
apud filiumfamilias depositum est, ea depo-
siti cum hac adjectione, *de peculio*, dicitur,
quia non in solidum adversus patrem, sed
quatenus in peculio est, datur. *L. deposui,
de pecul.*

Qualis sit ea actio, civilis, an tantum
ædilicia, cui detur, adversus quem, intra
quod tempus, qua de re, et cujus rei gra-
tia, cognoscendum est. De quibus quidem
breviter et commode edicto comprehensum
est. Sed res postulat, ut separatim et ordi-
ne explicentur. Sic enim plane ejus judicii
natura perspicietur, omnibus iis notatis et
expositis locis, qui in unamquamque actio-
3 nem incurrunt. Principio † ædilitiam esse
constat. Hoc cum dico, non illud dico, si
quis ex suprascripta aliqua caussa earum,
quæ edicto comprehensæ sunt, rem redhi-
bere velit ex hoc edicto, id eum posse fa-
cere : sed illud, cum quisquis ex aliqua
caussa rem redhibere velit, non posse nisi
hoc judicio facere, totumque id ex hoc edi-
cto competere. Proinde nec actionem ullam
hujus generis esse civilem. Quod et testa-
tur Cicero *Lib. 3. Officior.* cum de iis quæ
jure civili præstanda sint venditori, et quæ
ex edicto ædilium, disserit. Ex quo effici
volo, omnem ad redhibendum actionem
intra sex menses tantum competere, non
esse perpetuam : quia ex hoc edicto tantum
proficiscatur, eo autem edicto præstituatur
certum tempus. Idque etiam rescripto Gor-
diani declaratur, *L. 2. C. de æd. act.* Hoc
eo † disputo, quod Ulpianus alibi ea enu- 4
merans, quæ empti judicio continentur in-
ter cætera sic scribit : *Redhibitionem quo-
que empti judicio contineri Sabinus, et La-
beo putant, et nos probamus.* L. ex empto,
actionem etiam in hanc caussa competere
ostendit. Quæ res plerosque valde torsit.
Nam si hic ex empto actio est, perpetuo quo-
que in eam rem dabitur. Est enim actio ex
empto civilis, eoque etiam perpetua. Quod
si est : erit inutile ex edicto ædilium intra
sex menses experiri, cum perpetua jure civi-
li competat. Imo vero absurda sententia ad-
modum efficietur, ut cum jure civili ex hac
caussa actio competat perpetua : ædiles, qui
adiuvandi juris civilis, et æquitatis consti-
tuendæ caussa edicta proponere debent, ac
jus civili subsequi, *L. scio, de testib.* intra
sex tantum menses dent : idest, contrarium
jus proponant. Quamobrem redhibitionem
sic vulgo interpretati sint apud Ulpianum
qui ista persecuti sunt : non redhibitionem
ex hoc edicto, sed resolutionem emptionis
quamlibet, quam interdum actione ex em-
pto consequimur : quo et eodem loco Ul-
pianus docet : *veluti*, inquit, *si quis vir-
ginem se emere putarit, cum mulier esset.
L. si quis, L. ex empto.* Quæ interpretatio
manifeste eo ipso loco Ulpiani refellitur.
Nam ut intelligere liceret, illic Ulpianum,
cum redhibitionem nominavit, eandem red-
hibitionem intelligere, quam cæteri Juris-
consulti, quæ ex edicto ædilium constituta
est, non autem aliam resolutionem emptio-
nis : primum exemplis edicti ædilitii usus
est. Deinde exemplum attulit, in quo redhi-
bitionem quidem non competere ait, sed
tamen actionem ex empto competere ad re-
solvendam emptionem. Quid ergo est? Etiam
ad redhibendum ex empto actione utimur?
Sane vero utimur. Idque ostendere Ulpia-
nus voluit. Nec mirum. Nam si ea, quæ more
et consuetudine usitata præstari solent, in
bonæ fidei judicium veniunt : *L. quod si no-
lit, 31. §. quia assidua. hic.* quanto magis
redhiberi ex hac caussa veniet, quæ non
more et consuetudine, sed jure certo præ-
standa est? Et hoc edicto, nimirum ex
suprascriptis caussis ex empto actio induci-
tur. Sed non ideo actio his casibus civilis
erit. Certis finibus ea ab ædilibus inclusa
est, quos excedere non liceret. Erit igitur ad
redhibendum actio ex empto, sed intra sex
menses. Nam longius excurrere eam ex his
caussis vetant ædiles.

5 Compelit ÷ hæc actio *emptori, eique, ad quem ea res pertinet.* Emptorem sic accipe, ut qui emptori similes sunt, contineantur, veluti qui permutarunt, *L. sciendum*, §. *deinde, hic. L.* 2. *C. de rer. per.* His verbis, *ad quem ea res pertinet*, soccessores significantur, qui in locum et jus defuncti successerunt: quia ad hos tantum actiones nostræ jure pertinent. *d. L. sciendum*, §. *illud. hic. L. sciendum*, §. *ult. de verborum signif.* Cum de defendendo succesore agitur, etiam qui in rem successerunt, bis verbis contineotur: quia hi exceptione et defensione auctorum suorum quo minus utantur, nihil est impedimento: enm ille qui agit, dolo faciat id peteos, quod ab auctore petere non possit. Hujus generis sunt, qui emerunt, aut ex permutatione, donatione, aliave qua ex justa caussa ab eo acceperunt. *L. ait prætor. cum L. seq. de jurejur.* Adversus quem competat, hoc quoque dilucide edicto expressum est; de quo vide Paulum in *L. justissime*, §.
6 *proponitur.* Tempus ✝ huic actioni certum præstitutum est, in cæteris quidem caussis omnibus sex mensium utiliom. *L. sciendum*, §. *ult. hic.* In his duabus duorum mensium dumtaxat, si de iis rebus, quæ præstari jubentur, venditor non caveto. *L. si venditor*, 28. *hic.* Item si ita convenit, ut si res non placeat, redhibeatur. Nisi quod et in hac caussa postrema etiam ultra id tempus ædiles caussa cognita judicium pollicentur. Quid enim, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit præsens, cui res redderetur? Est æquissimum, emptori, per quem non steterit, succurri. *L. quod si nolit*, §. *si quid ita, et* §. *seq.* Qua de re com-
7 petat, videamus. De re vitiosa ✝ distracta, et quæ in suprascripta aliqua caussa sit, competere certum est. Ajunt enim ædiles, *Judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.* Sed sciendum est, propter id interdum etiam alias res, quæ una venditæ sont, redhiberi posse, quamvis per se nec vitiosæ, nec morbosæ sint, nec quidquam de his dictum sit, quid præstari oporteret. In ea caussa sunt res omnes, quæ eum ejusdem generis essent, pariter emptæ sünt, ut comœdiæ, aut chorus, idque vel uno pretio in omnes constituto, vel in singulas ita, ut tamen appareret res inter se conjunctas esse, nec quemquam nisi omnes empturum, vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comœdos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet. *L. cum ejusdem, hic.* De hac re sic hoc edictu in jumentis cautum est: *Si jumenta simul paria venierint, et alterum in ea caussa fuerit, ut redhiberi debeat, judicium dabimus, ut utrumque redhibeatur.* Hoc de jumentis dictum Ulpianus propter eandem rationem ad homines etiam, et cæteras res transtulit. *L. ædiles ajunt*, 38. §. *ult.*

Restat ut ÷ ad quid detur hæc actio, 8
quid hoc judicio agatur, cognoscendum sit. Nempe ad redhibendum datur. Exitus hic est, ut re redhibita venditori, emptor id omne quod pro ea re præstitit, tanquam re inempta facta recipiat. Quod et ipsum edicto expressum est. Redhibere vero, ut Ulpianus definit. *L. redhibere.* 21. *est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerat*, quod quia reddendo fit, idcirco redhibitio dicta est, quasi redditio. Sed non continuo hoc judicium emptori datur. Prius ædiles quædam cum præstare jubent edicto; tum deinde quæ vult, hac actione consequi. Hæc autem illa sunt, quæ a venditor emptor accepit; item quæ ex iis ad emptorem pervenerunt: ut ita scilicet vere ab utraque parte ab emptione discedatur, sicque consulatur emptori, ne venditor injuria afficiatur. Ex quo de vi redhibitionis illa tradita sunt, judicium redhibitoriæ actionis utromque et emptorem et venditorem quodam modo in integrum restituere debere. *L. cum autem*, 23. §. *Julianus ait.* Item, facta redhibitione, omnia in integrum restitui perinde, ac si neque emptio, neque venditio intercessisset. *L. facta.* 60. *hic.* Primum ædiles rem venditori restitui jubent: *Judicium.* inquiunt, *dabimus, ut id mancipium redhibeatur*: eamque restitui nec deteriorem. Quod ÷ si deterior facta sit, tum id 9
restitui, quanto post venditionem, traditionemque deterior opera emptoris, familiæ, procuratorisve ejus facta est. Quod caput edicti interpretator Ulpianus sub hoc titulo in *L. ædiles, etiam*, 25. Quod igitur ajunt, *post venditionem, traditionemque*, eo pertinet, ut si quid ante traditionem res deterior facta fuerit, ad emptorem non pertineat. Cum enim emptori nondum res tradita est a venditore, quod ei imputari possit, quod res deterior facta fuerit, nihil est. Opera ÷ 10
emptoris deterius factum sic accipimos, dolo malo emptoris culpave, quamvis levi; veluti quia servum ægrotum neglexit, aut malum medicum adhibuit. *L. ædiles etiam* §. *Pedius. L. quod si nolit*, §. *culpam.* Familiæ appellatione domestici omnes, quique in potestate, et famulitio emptoris sunt, continentur. *d. L. ædiles*, §. 1. *et L. quod si nolit*, §. *quod in procuratore.* Procuratorem in hoc edicto sic accipe: non quemlibet, tametsi verba id pati videotur; sed ex sententia edicti eum, qui in ea re quæ empta est, procurator sit

idest, qui eam mandato domini tractet: quo in numero tantum duo sunt, aut cui id ipsum, propter quod res deterior facta est; specialiter mandatum est, aut cui universa negotia commissa sont. Nam oratione generali idem assequimur. *d. L. ædiles*, §. *procuratoris*. Horum autem facta emptorem præstare ædiles voluerunt: quia ipse quodam modo per eos fecisse videtur, quibus nisi rem commisisset, deterior facta non esset: et ii erant, qui ne quid admitterent, prohibere poterat. Unde recte Pedius hoc edictum sic accepit, quamvis sine exceptione conceptum sit, ut id dumtaxat ex istorum facto imputari debeat, quod non fuisset passurus servus, nisi venisset. Quod autem passurus erat, etsi non venisset, non aliter teneatur, quam ut sine suo incommodo ea noxa defungatur. *d. L. ædiles etiam*. §. *Pedius*. Finge, dum procurator rem alienam esse putat, non domino emptam, eam corrupisse: aut in rixa id fecisse; quod etsi res empta non esset, facturus esset.

Deteriorem rem factam accipere debemus, quovis modo deteriorem non tantum a corpore, sed etiam ab animo. Ut si equus emptoris negligentia, vitiove mordax, aut calcitro evaserit, si servus imitatione conservorum vinosus, aleator, ganeo. *d. L. ædiles*. §. *hoc autem*. *L. cum autem, in princ. hic*.

11 Ajunt præterea ædiles, † *sive quid ex eo post venditionem natum, acquisitum fuerit*. His verbis continetur quidquid vel ex re, ut fructus, ancillæ partus, fœtus pecorum; vel extra rem, opera tamen aut per occasionem ejus rei, ad emptorem pervenit. *L. cum autem*. 23. §. *ultim. et L. seq.* Modo tamen in servo vendito ea excipiamus, quæ per eum quæsita sunt ex re emptoris: quæ ad alium pertinere, quam ad eum, unde sont profecta, idest, emptorem, iniquum est. *L. quod si nolit*. §. *si peculium*. Quod autem ajunt, *natum, acquisitum fuerit*, sic accipiendum est: aut per eum factum erit, quo minus acquireretur: ut non magis quod ad eum pervenit, quam, quod culpa ejus non pervenit, præstari debeat, ut duobus locis testatur Ulpianus *L. redhibere*, 21. *in fin. et L. cum autem*, 23. §. *cum redhibetur*. Idemque in sequentibus verbis intelligendum est, *sive quia ex ea re fructus ad emptorem pervenerit*. Addendum est enim: aut opera ejus factum erit, quo minus perveniret. Idque ex eo colligitur, quod supra ædiles præstari voluerunt, quanto res deterior facta esset, non tantum ab ipso emptore, sed etiam opera ejus, et culpa, negligentiave. Sed cur id omne ædiles præstari voluerunt, quod post venditionem acquisitum est, non id solum, quod post traditionem: cum supra ubi res deterior facta est, id solum, quod post traditionem res deterior facta esset, præstari jusserint? Quia omne commodum, et omnis fructus ad emptorem pertinet statim post venditionem, §. *cum autem*, *Instit. de cont. empt.* ut secundum regulas juris ad eum pervenerit, et ob id etiam restituere debet, quia illi acquisitum est. Rem autem deteriorem facere non potuit, nisi is, qui rem accepisset. Deinde ajunt ædiles, † *et si quid* 12 *ei in venditione accesserit*, *sive quis ad emptorem fructus ex ea re pervenerit*. His verbis ædiles idem de iis rebus, quæ emptioni accesserunt, quod de re ipsa vendita fieri jubent: scilicet, ut ante dixi, ne in re redhibenda quidquam lucri apud emptorem maneat, nec quo incommodo venditor afficiatur.

Sed quoniam id præstare emptor debet, quanto res deterior facta est opera emptoris, et præterea id quod inde acquisitum est; cæterum † fieri potest, ut jus ejus rei facto 13 emptoris aliqua in re imminutum sit, aut etiam æstimatio, neque tamen id appareat: item ut nihil dum acquisitum sit, res tamen in ea caussa sit, ut postea acquiri possit, quibus nominibus venditori consuli oportet: subsidio in hac caussa et similibus omnibus cautiones comparatæ sunt in utrumque tempus tam præteritum, quam futurum, quibus de indemnitate venditori consulatur. In præteritum de dolo malo emptoris, ne forte rem aut pignori dederit, (nam etiam redhibitio mancipio pignus, quod ab emptore datum est, manet. *L.* 3. *L.* 4. *quib. mod. pig. sol. L. bovem*. 43. §. *pignus*, *hic*.) aut jussu ejus damnum alicui datum sit. In futurum de re redhibenda, quæ postea ad eum perveneril, aut dolo malo ejus factum erit, quo minus perveniret: ut, si judicium servi nomine susceperit, quo judicio fieri potest, ut venditor ei condemnetur. *L. redhibere*, §. 1. *L. item si*, 30. *hic*.

Habes, quid emptor venditori præstare debeat, priusquam ab eo quidbuam consequatur. Quid, si cum judicio ad redhibendum egerit, ista non præstet? Non est expectandum, ut ipse venditori condemnetur: nam hic venditor actor non est. Sed emptori, qui agit, venditor non condemnabitur. Utetur enim venditor exceptione edicti, quo edicto ædiles ordine fecerunt, ut ante omnia, quæ supra scripta sont, præstet, sic deinde suum consequatur. *L. illud*, 29. *L. ædiles etiam, in fin.* Unde dubitari potuit, an † 14 mortuo mancipio morboso maneat redhibi

toria actio ad pretium recuperandum. Movet quæstionem, quod mortuum mancipium jam reddi non potest; at actio ex hoc edicto emptori sub conditione datur, si illa præstiterit emptor, quæ ædiles jubent, id est, rem, et quæ ad rem pertinet. Et placet etiam mortuo homine non solum redhibitoriam actionem, sed etiam cæteras ædilicias manere: neque id solum cum mancipium sine culpa emptoris periit, sed etiam cum dolo, aut culpa: ut siquidem sine culpa perierit, emptor de pretio agere possit, quamvis rem, quæ non est, non redhibeat, nec quidquam eo nomine præstet: sin culpa ejus, tum uti servus pro vivo habeatur, et quia is præstari non potest, æstimatio ejus præstetur. *L. quod si nolit.* §. *item ait,* et §. *si mancipium L. si hominem*, 47. *in fin. cum principio L. seq.* Nec moveri debemus, quod res non sit, quæ redhiberi possit. Nam ut maxime res venditori reddi debeat; tamen sive absque culpa emptoris res pereat, secundum regulam juris debitor liberatur. *L. si ex legati caussa, de verb. obl. L. quod te, si cert. pet.* sive culpa ejus periit, æstimationem pro ea præstando facit, ut pro vivo is servus habeatur. Sciendum tamen est, si hominem emptum quis manumiserit, actiones omnes ædilicias denegari. *L. si hominem*, 47. *hic*, quasi suum omnino manere voluerit, qui manumisit, nec quo pretio apud se esset, curarit, qui ideo emit, ut manumitteret. Quamquam autem diximus hæc omnia emptorem præstare debere ante, quam quidquam consequatur: tamen quia id solum agunt ædiles, ut venditori prius consulatur, deinde etiam emptor suum consequatur: valde æquum est, et ex sententia edicti admitti, quod Cajus in hac re suadet, in *L. videamus*, 26. ut emptor liberetur, non si hæc omnia ante restituat: sed si caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, illa esse restituturum. *Alioqui*, inquit, *iniquum erit, emptorem compelli dimittere corpus, et ad actionem judicati mitti, si interdum nihil præstatur propter inopiam venditoris.*

15 His præstitis quæ ædiles jubent, hoc † reliquum est, ut emptor quod dedit, eo nomine recipiat. Sequitur igitur in edicto, *si et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit.* Pretium, et quod accessionis nomine datum est, restituere, his verbis jubetur venditor. Id si certum dictum est in eam rem, quæ redhibetur, res expedita est. Sed si plures res pariter emptæ sint uno pretio in omnes universim constituto: veluti si armentum emptum est centum, si grex, et unum aliquod animal morbosum sit: quoniam singulorum pretium nullum dictum est, res dubitationem habet, quod tandem pretium statuatur. Et faciendum est, quod de parte simul evicta servatur. Pro bonitate rei redhibitæ æstimatio præstabitur, postquam aliud certi constitui non potest. Si quo modo pretium in singula capita constitutum est, ut cum grex emitur uno pretio in singula capita dicto, non quia singula tanti valeant, sed quia placeat alia capita aliorum æstimationem supplere: non amplius reddetur, quam dictum est, nec minus, quam dictum est; quamvis per se pluris sit, aut minoris, quod evincitur. *L. si plura*, 36. *L. pen. hic.* Quod ajunt ædiles, *quanta pecunia pro eo homine soluta*, sic accipi debet: quæcumque pecunia non pro pretio tantum, sed etiam emptionis caussa erogata est: si modo tamen aut voluntate venditoris erogata sit, aut necessario, ut si vectigalis nomine soluta, data est. *L. debet*, 27. Quod si id ejusmodi erat, ut emptor facere non cogeretur: neque emptionis caussa factum videbitur, neque id venditor restituere cogetur, si rem nolit recipere: veluti si quid ob delictum servi emptor præstiterit, vel si quas impensas in eo curando fecerit. Nam de eo, quod ob delictum præstitit, imputare sibi debet, quod cum posset hominem noxæ dedere, rem inutilem, nec necessariam fecerit, id est, litis æstimationem sufferre maluerit. De impensis, sic eas fecit, ut posset servum redhibendo eas non facere; et ideo eas non recuperabit: nisi si, ut ante dixi, venditor rem suam recipere velit. *L. cum autem*, §. *Julianus. L. illud, in fin. hic.* Hæc de impensis sic accipienda sunt, si ante judicium factæ sint. Enim vera si post judicium acceptum factæ sint ab emptore, eæ judicis officio imputabuntur. Jam enim eas necessario fecit emptor, cui non licuit rem judicio constituto impune negligere. *L. item si servi*. 30. *hic.* Ajunt ædiles, *cujusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit.* Hoc † quoque ad indemnitatem 16
emptoris pertinet, ut non solum quod dedit pro eo homine recipiat; sed etiam si pro eo obligatus est, vel ipsi venditori, vel alii eo nomine, ut liberetur. Et quoniam fieri potest, ut nondum obligatus sit emptor, res tamen in ea caussa sit, ut possit ex eventu obligari. Veluti si judicium servi nomine acceperit: quemadmodum ipsum cavere venditori in simili caussa debere diximus; sic huic vice mutua in hac re caveri debebit furc, ut si sine dolo malo suo condemnatus erit, liberetur: ut sit cautio in futurum ad liberationem. Quæ si emptori † non præsta- 17
buntur, jam illa condemnatio sequetur, quan-

ti utraque res erit, et quod pretium non redditur, et quod emptor non liberatur. Quibus verbis quanticumque emptoris interest, continetur. *L. illud.* Hinc autem intelligitur, quid sit, quod Cajus in *L. redhibitoria*, 45. scribit, redhibitoriam actionem duplicem habere condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnari venditorem. Duplum intelligit, non quia unius alicujus rei duplum sit, cujus alias nihil sit, nisi simplum; sed quia duæ res ex hoc edicto præstandæ sunt, quibus non præstitis, quia singulorum sua condemnatio est, fit ut in duplum sit condemnatio. Sed quoniam evenit, ut interdum pretium et accessiones venditor reddat: eum autem, qui obligatus est, non liberet, aut contra liberet quidem eum, sed pretium non reddat: quia tantum una res jam ad præstandum deest; ideo illius solum, id est, simpli condemnatio est, eoque modo ipse interpretatur.

18 Arbitrariam hanc † actionem in factum esse ex verbis edicti conjicere possumus, quoniam sic concepta est, ut sit necesse quod prius arbitretur judex, præstari; nisi venditor id præstet, condemnatio sequatur. *L. illud*, 29. Hoc vero est ex arbitrio judicis pendere: quæ arbitrariarum actionum definitio est apud Justinianum. *§. præterea, Instit. de act.* Vide in hunc locum, quæ scripsi *ad §. præterea*, n. 13. *Inst. de act.* Præterea hæc erat in edictis prætorum conditio et conceptio propria, quibus arbitrariam actionem pollicebantur, ut cum ex aliis multis, tum vero ex actione de eo, quod metus caussa, intelligi potest. In qua similia verba fuerunt. Ulpianus, *Si ante sententiam*, inquit, *homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, idque his verbis* edicti, *neque ea res arbitrio judicis restituatur*. L. item si cum. *§. pro eo, de eo, quod met. caus.* Unde eam ubique Ulpianus arbitrariam nominat. *d. L. item si. §. hæc autem, et §. seq.* Hinc passim mentio fit arbitrii judicis sub hoc titulo, ut *L. cum autem*. 23. *in princ. L. illud*, 29. *in, fin. L. quod si nolit*, 31. *§. Pomponius, et §. culpam.* Si actione ex empto ad redhibendum utemur, quando hæc quoque ex hoc edicto inducitur, ut ante diximus, idem consequemur. Nam et hæc arbitrium judicis habet, *ex fide bona*, ut quam liberrime arbitrari judex possit, quod alterum alteri ex æquo et bono præstandum est. *L. L. in bonæ, Inst. de act.*

His cognitis de principalibus personis emptore et venditore: de horum heredibus quæsitum est, possintne plures heredes emptoris rem redhibere pro parte; et possitne pluribus heredibus pro parte redhiberi. Et de hac re Ulpianus in *L. quod si nolit.* 31. *§. si plures, et §. venditori*, ad hanc sententiam scribit: si plures † heredes sint emptoris, omnes ad redhibendum consentire debere, dareque unum procuratorem; singulos pro parte redhibendo non liberari. 19
Rationem hanc esse, quæ alibi multis locis exposita sit, *ut L. 2. §. 1. L. 4. §. ult. L. in executione, §. pro parte, de verb. obl.* quod cum duæ res alicui sub disiunctione debentur; puta decem, aut Pamphilus, non possint unius rei partem præstando heredes liberari: ne si id fiat, alii possint alterius rei partem præstare, et ita creditor non consequatur, quod stipulatus est: cui una res ex illis debebatur, non duarum rerum diversarum partes. Quod in proposito accidit, nam hoc edicto adversus venditorem de re morbosa duæ actiones proditæ sunt, ad redhibendum, et quanto minoris. Cum utraque possit conveniri, hoc tamen illi debetur, ut alterutra, idest, illa aut illa tantum conveniatur. At contra eveniet, si unus ex heredibus partem hominis redhibuerit. Nam alii coheredes, ad quos factum coheredis sui nihil pertinet, agent pro sua parte, quanto minoris. Itaque fiet summa injuria venditori, ut partem rei suæ recipiat; de alia parte in pretium conveniatur. De venditoris heredibus, sicut in aliis obligationibus, quæ partis præstationem recipiunt, sic in hac diversum † jus esse. Posse enim singulis pro 20
portione hereditaria servum redhiberi: optima ratione, quæ alibi ab eodem redditur. *L. 3. de ver. oblig.* quia scilicet singulorum nihil amplius interest, quam pro parte. Quamvis igitur parte uni alicui soluta evenire possit, ut adversus alios quanto minoris agat emptor: tamen id queri heres non poterit, qui dum suam partem consequatur, et eatenus indemnis reddatur, quid cum coheredibus suis agatur, solicitus esse non debet. Recte enim ei dicetur, tua nihil interest, dum tibi pro parte satisfiat, quando amplius non debetur. De redhibitoria actione dictum est, quæ ex ea caussa competit, cum res distracta in ea caussa est, ut etiam invito venditore redhiberi possit. Observandum est † in factum quoque actionem hoc edicto 21
esse propositam, qua emptor idem consequatur, quod supra si res ultro recipienti venditori jam ante redhibita sit. Quod ideo fecerunt, ne si semel sua sponte venditor hoc admisisset, postea eo confugeret, ut diceret non esse rem in ea caussa, ut posset

redhiberi. Sed fuit ædilibus tanquam pro tali a venditore ante receptum esse. De hac actione meminimus in edicto, et Ulpianus de ea agit in *L. quod si nolit.* 31. §. *in factum.* Et de redhibitoria actione satis.

CAP. VI.

De actione, quanto minoris, et ea, quæ est in id, quod interest, ex hoc edicto.

SUMMARIA.

1. *Actio quanto minoris quid sit, potest ea quis sæpius experiri diversarum rerum nomine.*
2. *Actio quanto minoris excluditur a redhibitoria, et vicissim; sed non perpetuo quoad hoc posterius.*
3. *Quando hæc actio quanto minoris contineat redhibitoriam, et quid hinc consequens.*
4. *Actionem quanti minoris anni intervallo concludi: Hanc ut redhibitoriam certis de caussis in edicto expressis competere, nullamque ex iisdem caussis esse civilem actionem.*
Hoc latius exponitur, et contraria sententia refutatur, ibid.

1 Altera est † actio emptori prodita, ut si rem habere quidem velit, velit tamen sine incommodo suo, in id quanto minoris empturus fuerit, agat, idque consequatur. Quæ actio intra annum competit. Hoc judicium æstimatorium jurisconsulti vocant : *L. si quid venditor*, 18. *L. bovem*, 43. *L. aliquando*, ideo, quia eo judicio æstimatur res, quanti re vera valuerit eo vitio corrupta, quo laborabat, ut quo pluris empta est, id reddatur. Hoc judicio sæpius agi potest, non ejusdem vitii, morbive nomine, quod iniquum est; sed diversorum : ut quantum est, quanto minoris quis empturus esset, si singula vitia non ignorasset, id præstetur. *L. quod si nolit*, §. *si quis egerit, hic. L. quia dicitur, de evict.* Cum sint autem hæc † ju-
2 dicia sub disiunctione prodita, ut aut ad redhibendum agere liceat, aut quanto minoris: fit, ut qui alterutro eorum egerit, si altero postea agat, exceptione summoveatur. *L. si is, qui heres* §. 1. *de except. rei jud.*
3 Sciendum tamen † posteriorem actionem, quanto minoris etiam redhibitionem in se continere, si tale vitium in homine sit, ut eum ob id actor empturus non fuerit. *L. si is, qui heres*, §. 1. *de excep. rei jud.* Minus enim facturus fuisse recte dicitur, qui omnino facturus non fuit: ut minus solutum intelligitur etiam, cum nihil solutum est. *L. minus, de verb. sign.* Ita eveniet, ut qui quanto minoris egerit, quamvis id spectarit principio, non ut res redhiberetur, sed ut æstimata maneret recepto eo, quanto minoris actor empturus fuerit: si reperiatur ad extremum res nullius usus esse posse, veluti quia servus furiosus est, aut lunaticus, officio judicis consequi debeat, ut res redhibeatur. *L. bovem*, §. *aliquando, hic.* Et quoniam ob diversa vitia sæpius quanto minoris agi potest: eveniet etiam, ut qui quanto minoris antea egit, possit postea ad redhibendum experiri, eo vitio comperto: ex quo si quanto minoris agatur, reperiatur actor empturus non fuisse, ideoque etiam redhibitio inde sequatur.

Illud idem præcipue de hac † actione 4
monendi esse videmur, quod de redhibitoria ante diximus, actionem certis de caussis, nempe iis, quæ hoc edicto expressæ sunt, propositam fuisse ab ædilibus, et propositam esse intra annum dumtaxat. Unde intelligi debet, ex illis caussis ultra id tempus agi non posse. Ex quo rursum efficitur, nullam esse ex iisdem caussis quanto minoris civilem actionem, contra quam vulgo placet. Sic enim omnes fere tradiderunt ad *L. Julianus, in prin. de act. empt.* duplicem esse quanto minoris actionem, unam civilem (quod ut facerent, ea re moti sunt, quod

Julianus eo loco dicat, si tignum vitiosum venditum sit, et venditor vitium ignorarit: actione ex emptorem consequi posse, quanto minoris empturus fuisset) alteram prætoriam ex hoc edicto. Hanc de mancipiis, et jumentis hoc edicto propositam esse intra annum; illam esse de cæteris rebus perpetuam, ut de tigno. Prætoriam esse in id, quanto minoris res est. Sic enim verba edicti sunt; *aut quanto minoris eum venierint, fuerint*: L. ædiles ajunt. Civilem, quanto minoris quis empturus fuisset. Inter quæ, inquiunt, plurimum interest. Quorum utrumque falsum est. Nam primum quod dicunt, actionem quanto minoris edicto ædilium de jumentis, et mancipiis esse propositam, vere dicunt. Quod addunt, de iis tantum; in eo apertissimis sententiis jurisconsultorum refelluntur, a quibus de sententia edicti est hoc traditum, edictum ædilicium etsi de mancipiis et jumentis conceptum sit, tamen sententia ad venditiones rerum omnium pertinere. *L.* 1. *hic.* Quod autem hæc genera ita distinguunt, ut prætoriam esse dicant in id, quanto minoris res est: civilem, quanto minoris empturus fuisset, ineptissime faciunt, cum inter hæc nihil intersit. Non enim in edicto ædilicio dicitur, quanto minoris jumenta sunt, sed *quanto minoris, eum venierint, fuerint.* Id autem est, quanto minoris empturus quis fuerit. Tunc enim empturus erat, cum venibant, et non pluris empturus erat, quam valebant: et quanti valebant, tanti illum empta habere æquissimum est. Unde hoc judicium æstimatorium appellatur, quia res æstimatur, quanti vere valuerit eo vitio affecta, quo tenetur: ut quanto minoris valuit, quam empta est, tantum reddatur. Ne multis; illi ædiliciam quanto minoris esse ajunt de mancipiis, et esse in id quanto minoris res fuerit, cum venibat. Hoc jam nihil aliud esse, nisi quanto minoris actor empturus fuisset, cognoscant ex eodem Juliano, qui in *L. quia dicitur, de eviet.* ita scribit: *Egit emptor quanti minoris propter fugam* (de mancipio loquitur) *deinde agit propter morbum. Id agendum est, ne lucrum faciat emptor, et bis ejusdem vitii æstimationem consequatur. Fingamus emptam decem; minoris autem empturum fuisse duobus. Hæc consecuturum propter fugam* scribit. *Mox comperisse, quod sanus non esset, similiter duobus minoris empturum fuisse, si de morbo non ignorasset. Rursus consequi duo debebit.* Hæc ille. Ex quibus vel cæco apparet, et nihil aliud esse, quantu minoris quis empturus fuit, quam id, quanto minoris res fuit: et de mancipio hanc esse actionem quanto minoris fuerit. quod illi negabant. Quid plura? Exstat Gordiani rescriptum sub eo *tit. C. L.* 2. quo generaliter demonstratur, nec actionem redhibitoriam ultra sex menses, nec quanto minoris post annum competere. De mancipii morbo consulebatur anno jam exacto, ex quo venditum erat. Quærebatur, possetne emptor aliqua ratione eo nomine cum venditore congredi post annum: Ille ait, non posse ulla ratione. Redhibitoriam enim actionem sex mensium temporibus; quantu minoris anno concludi manifesti juris esse. Nimirum hoc voluit, nullo modu agi posse eo nomine nec jure civili, nec ædilicio. Non enim hoc agebatur, an ædilicia aliqua actio competeret, sed an aliquo modo posset agi jure; quod ille negavit. Ex quo colligitur, nullam esse civilem ex empto eo nomine perpetuam: quæ si esset, actio aliqua post annum competeret. Ridiculum est enim, quod Bartolus ait, cum illud Gordiani rescriptum situm sit sub titulo, *de ædiliciis actionibus* accipiendum quoque esse de ædilicia quanto minoris actione. Quasi vero quia sub titulum de ædiliciis actiunibus a Triboniano postea relatum est, efficere possit, ut sententia Gordiani mutetur; et cum appareat illum de omni actiune, quæ eo nomine competere posset, respondisse, de eo non responderit. Recte igitur sic dicetur: cum de omni actione consuleretur Gordianus vitii nomine, nulla autem alia actio quanto minoris competeret, quam ex edicto ædilium, eaque intra annum dumtaxat, unde et generaliter de eo rescripsisset rescriptum ejus in titulum de ædiliciis actionibus bene relatum est. Non autem quia sub eum titulum relatum est, ideo de alia actione, quam de ædilicia antea non respondit. Quid ergo est, quod Julianus ait: *si quidem ignorans fecit, id tantum actione ex empto præstaturum, quanto minoris emptor empturus fuisset, si ita scisset?* An non ex empto actio civilis, eoque etiam perpetua est? Ego de hac re idem, quod de redhibitione respondeo: ex empto actionem induci ex hoc edicto in id quanto minoris, quia id inductum sit ab ædilibus, ut emptori propter emptionem præstaretur, quanto minoris empturus esset. Quæcumque autem emptori præstanda sunt vel more, vel jure certo, vel quocumque alio modo, judicio ex empto peti possunt. *L. ex empto, de actio. empt. L. quod si nolit, §. quia assidua, hoc tit.* Sed idem affirmo hac conditione, iisdemque legibus ex empto agi ex hac caussa posse, quæ edictu ædilium constitutæ sunt, ut ultra annum agi non possit;

quia nec sit post annum, quod emptori ullo jure præstari debeat. Denique ex empto actio est in hanc rem inducta, adjecto hoc temperamento, quasi quodam titulo actionis, quanto minoris. Ut actionem de peculio dicimus, cum principalem aliquam actionem intelligere volumus, quæ ex contractu filiifamilias competat, quæ tamen peculio tenus competat. De actione, quæ ex iis caussis in id, quod interest, competit, a nobis quod satis sit, ante dictum est et *Cap.* 1. *et Cap.* proximo *in principio.*

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

AD TITULUM, DE EVICTIONIBUS, ET DUPLÆ STIPULATIONE.

CAP. I.

Quæstio de evictione ubi locum habeat: quid in ea quæratur: tum quid sit stipulatio duplæ et simplæ, et in obligatione empti et venditi quo jure hæc habeatur.

SUMMARIA.

1. *Hoc in Empti judicio præcipuum, ut venditor Emptori ita rem tradat, ut ei rem habere liceat, unde evictionis obligatio.*
2. *Tractandarum rerum ordo et partitio.*
3. *Duplæ stipulatio quid sit. Hanc promitti a venditore; quid si nolit.*
4. *Quibus in rebus duplam promitti oporteat.*
5. *Quæ res pretiosæ, ut duplæ stipulatione contineantur; et quæ contemptibiles ut ad hanc non pertineant.*
6. *Simplam promitti indiscriminatim in rebus omnibus.*
7. *Utraque stipulatio committitur, evictione secuta.*
8. *Aditus ad* Cap. seq.

Hæc de evictione, et duplæ stipulatione
quæstio, pars est, vel potius appendix quarundam eorum, quæ emptori judicio empti præ-
1 standa sunt. Inter cætera † de eo, quod
primum in venditionis obligatione et summum est, sic traditum est, venditorem emptori rem tradere debere, non etiam rem facere emptoris: sed ita tradere tamen, ut emptori rem habere liceat, ne ab eo avocetur, nam alioqui nec tradita videtur. *L. ex empto, in princ. L. 3. in pr. L. servus, §. ult. de act. empt.* Ex quo efficitur, ut siquidem venditor dominus sit, emptorem dominum faciat: si non sit, hactenus obligetur, ut evictionem, idest, evictionis periculum, ac detrimentum emptori præstet re evicta. Sic enim fit, ut constet emptori habere rem non licere, si ab eo evincatur. *d. L. ex empto, de*
act. empt. L. venditor, D. hoc tit. † Quid sit 2
igitur evincere; quæ res ita evicta intelligatur, ut sit regressus emptori ad venditorem propter evictionem; quæque eo nomine in venditorem actio sit, quærendum est. Quæ sunt maxime de evictione quæstiones, in quibus hic titulus continetur. De stipulatione duplæ quod quæritur, cujusmodi sit, videamus.

De ea re † hoc juris est. Cum venditor 3
emptori obligetur, ut ei rem habere liceat; sciendum est sic eum obligari, ut etiam hoc nomine ex empto actio sit: ut habere licer emptori nominatim caveat. *L. ex empto, §. venditorem, de act. empt.* Hoc amplius etiam eo nomine duplam repromittere debet, si rem

habere non licebit: nisi quid aliud ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, observetur. Id enim caveri pro evictione oportebit. *L.* 6. *D. hoc tit.* Ulpianus ad ædil. edictum: in *L. quod si nolit*, §. *quia assidua*, de ædilic. edict. *Quia assidua est*, inquit, *duplæ stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam mancipii venditor non caveat. Ea enim, quæ sunt moris, et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.* Idem in *L. emptori*, 37 *in princ. hic.* hoc tit. *emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur (nisi si specialiter id actum proponatur) sed ut repromittatur.* Est autem duplæ stipulatio idem, quod dupli. Subauditur enim quantitas sive æstimatio: ut sit stipulatio quantitatis duplæ æstimationisve ejus rei, quæ distracta est. Unde quod duplam dicimus, duplum dici plerisque in locis legimus, ut *L. vindicantem* 17. *hic. L. pen. C. eod. tit.* Quid ergo si dupla non repromittetur? Jam dixi, eo nomine actionem esse, in cujus judicii condemnationem esse, in cujus judicii condemnationem duplum venire traditum est: *L.* 2. *hic.* Scilicet ut quantum id est, quod petitur, tanti eo nomine condemnatio sit.

4 Non omnibus tamen in rebus † duplam promitti oportere a venditore Ulpianus auctor est, sed tantum pretiosioribus. De quo ita scribit in *d. L. emptori*, §. 1. hoc tit. *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum: ut non ex omni re id accipiamus, sed de iis rebus, quæ pretiosiores sunt: si forte margarita, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemptibile veneat.* Ex quibus colligitur, si fundus aut ædes vendantur, aut quid aliud immobile, semper duplam præstari debere; at in rebus mobilibus non semper. In mancipiis quidem omnibus promitti eam oportuit. *d. L. quod si nolit*, §. *quia assidua, de*
5 *ædil. edict.* In cæteris ita demum, † si non contemptibiles fuerunt, si ornamenta pretiosa fuerunt. Sed unde rerum contemptum, aut pretium æstimabimus? Quem huic rei statuemus modum, ut quod infra sit contemptibile, quod supra sit, pretiosum dicere possimus? Nam hoc Ulpianus non definit, et tamen intelligi ad definitionem ejus necesse est. Et Ulpianus idem alibi de actione de dolo agens ait, in primis eam non debere dari, *si modica summa sit:* et modicam interpretatur Paulus ibidem usque ad duos aureos. *L. si quis affirmavit*, §. *ult. et L. seq. de dolo.* Quid igitur vetat, quo minus eandem regulam, et certitudinem æstimationis in hac re sequamur, ut quod modici pretii est, idest, infra duos aureos, contemptibile sit, nec pretiosum; quod eam summam excedit, pretiosum vocemus? nisi quid certius ad hanc rem affertur.

In rebus quidem † certe omnibus, ut ad 6
rem redeam, simplam promitti oportuit, idest, quantum id erat, quod distractum fuerat, nisi id habere emptori liceret: neque id otiose. Quamquam enim sine duplæ aut simplæ stipulatione actio est ex empto re evicta, in id quod interest, quod interdum pretium egreditur: tamen est, ubi nostra nihil intersit rem evictam esse, et tamen stipulatio re evicta committatur, ut postea dicemus. Utraque † stipulatio tunc committitur, cum res 7
emptori evicta est, ut eam emptori habere non liceat. *L. si servus.* §. 1. *L. si mancipium*, §. *ult. hoc tit.* Tunc enim habere licet, cum non evincitur: et intelligitur tunc demum emptori per venditorem habere non licere, cum res ob id evicta est, quod aliena esset. Quare eadem quæstio † hic exoritur, 8
quæ supra: ut utrobique quid sit evictio, et quibus rebus contineatur, cognoscendum sit: ut qui id noverit, simul et quando ob evictionem liceat agere propria actione, et stipulatio duplæ ob eandem caussam quando committatur, noverit. De quibus paulo post dicendum est.

CAP. II.

Evictio emptori in universum quando, et quatenus præstanda.

SUMMARIA.

1. *Transitio et ordo.*
2. *Actionem ex empto habet emptor evicta re, etsi de eo nihil convenerit.*
3. *Quinimmo etsi convenerit ut non aliter præstetur evictio quam si res a venditore vel ejus herede evincatur; vel ut omnino non præstetur: pretium evicta re certe reddendum erit et* n. 5.
4. *Exceptio.*
5. *Verba illa* ex §. ult. L. ex empto. *eod.* Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, *exponuntur.*
6. *Quod si emptor rem scivit esse alienam vel obligatam ideoque evictioni obnoxiam. nec venditor de evictione tenetur. ubi de eo nihil convenerit, nec pretium reddere cogitur.*
7. *Qui statuliberum vendit, nec tamen conditionem libertatis celavit, nullo pacto tenetur de evictione.*
8. *Qui conditionem certam libertatis pronuntiat, et tamen ex alia servus manumittitur, evictione non liberatur, et quare et* numer. 10.
9. *Nisi tamen celata conditio ex qua servus ad libertatem pervenit, meliorem faciat emptoris conditionem: et quæ sit satis.*
10. *Qui servum pro conditione libertatis decem dare jussum, viginti dare jussum dixit emptori, qua actione teneatur ob evictionem.*
11. *Et quando in hac specie duplæ stipulatione teneatur venditor.*
12. *Idem juris esse de usufructu. de quo in rei venditione dictum est esse Titii nominatim, cujus non erat: ac de conditione in venditione statuliberi falso pronunciata.*
13. *Qui prædixit emptori conditionem rei certam, unde res ab illo avocari possit, nec de precetio tenetur ea re evicta.*
14. *E. quare pretium restituere cogitur qui generaliter cavit, ne evictionis nomine teneretur.*

1 Sed quia hæc † ita quærenda sunt, si
modo aliquis regressus sit emptori adversus
venditorem ob evictionem: detracta autem
duplæ stipulatione non semper de evictione
actio est, in quam sententiam etiam pleraque
responsa sub hoc titulo exstant: ne frustra
reliqua sumatur disputatio: simul ut illa
quæ dixi, capita quo referri debeant, intelligi
possit: ante constituendum videtur, quid in
universum juris sit de evictione: sic deinde
hoc constituto, regressum esse ob hanc caussam:
illud quærere, quid sit, quæque eo
2 nomine sint actiones. Actionem † ex empto
esse emptori adversus venditorem ob id,
quod res evicta est, regulariter definitum
est: idque naturaliter continetur hujus judicii
potestate, quamvis nihil convenerit. *L. ex
empto, in princ. de action. empt.* Quin etiam
3 † si aperte venditor pronuntiavit, si ab alio
res evincatur, quam a se heredeque suo, se
evictionis nomine non teneri, hoc Julianus
scribit, et Ulpianus probat. *d. L. ex empto,*
§. *ult. de act. empt.* teneri ipsum nihilominus
re evicta: non quidem ut utilitatem præstet,
idest, quod emptoris interest (nam huc pertinet,
eamque vim habet conventio, ne præstet)
sed ut pretium reddat, quod accepit. Neque
enim bonæ fidei contractum hanc pati conventionem,
ut emptor rem amitteret, et pretium
venditor retineret. Quod ita esse melius
ex Ulpiani verbis cognoscemus. Is ita scribit:
*Sed Julianus libro decimo quinto Digestorum
scribit, etiam si aperte venditor pronuntiat
per se, heredemque suum non fieri, quo minus
habere liceat: posse defendi ex empto quidem
eum in hoc non teneri, quod emptoris interest:
verumtamen ut pretium reddat, teneri Ibidem
ait, idem esse dicendum, etsi aperte comprehendatur
nihil evictionis nomine præstitum
iri: pretium quidem deberi re evicta utilitatem
non deberi. Neque enim bonæ fidei contractum
hanc peti conventionem ut emptor rem amitteret,
et pretium venditor retineret. Nisi forte*
inquit, † *si quis omnes istas suprascriptas* 4
*conventiones reciperet, quemadmodum recipitur,
ut venditor nummos accipiat, quamvis
meræ ad emptorem non pertineat: veluti
cum futurum jactum retis a piscatore emimus,
aut indaginem plagis positis a venatore, vel
pantheram ab aucupe. Nam etiam si nihil*

capit: nihilominus emptor pretium præstare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum: nisi forte sciens alienum vendidit. Tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam, dicendum est, ex empto eum teneri, quia dolo facit.

5 Hæc ille. In quibus quod in fine ita † scribit Ulpianus, *sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*, non sic accipiendum est: quasi velit in suprascriptis conventionibus, in quibus alea non emitur, contra esse dicendum, quam Julianus senserit, et Julianum reprehendat; ut pretium ne in his quidem sit restituendum, ubi convenit, ne evictio præstetur. Alioqui cum proxime in iis, in quibus emitur alea, dixisset pretium non esse restituendum, et num posset idem dici in suprascriptis conventionibus, in quæstione posuisset; si id quoque verum esse sentiret, debuit ita dicere: Et sane in suprascriptis conventionibus idem dicendum est: ut esset hic sensus, ne in his quidem pretium restituendum esse re evicta secundum conventionem. Quod illum contra fecisse apparet. Quid ergo est? Nimirum cum initio posuisset Julianus venditorem pretium retinere non posse, quamvis convenisset, ne evictio præstaretur: deinde dubitationem intulisset, quasi suprascriptas omnes illas conventiones de quibus ipse locutus erat, potius ita recipere deberemus, quemadmodum recipitur, cum alea emitur: hoc non probans Ulpianus, continuo subjungit: Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, quasi diceret; non bene supra scriptæ conventiones, in quibus res certa, non alea emitur, his emptionibus comparabuntur, in quibus alea emitur. Erit igitur contra dicendum, ut pretium in his restituatur; sed pretium tantum. Unde addit, *nisi forte sciens alienum vendidit. Tunc enim*, inquit, *secundum supra relatam Juliani sententiam ex empto erit actio:* idest, non pretium tantum, sed etiam utilitas veniet. Hæc enim judicio empti præstantur *L. 1. de act. empt.* Et merito Juliani sententia prior retinenda est. Ut enim cætera reprehenderet Ulpianus Juliani rationem non infirmavit, *bonæ fidei judicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amitteret, et pretium venditor retineret.* Quod quidem in his verum est, in quibus res certa emitur. In emptionibus in quibus alea emitur, nihil fit contra bonam fidem, si ubi nihil ceperis, pretium tamen habeas. Alea enim, non res certa emebatur.

Sed hæc ita sunt, si emptor rem esse alie-
6 nam ignoravit. Enim vero † si sciens alienam vel obligatam comparavit, nec quidquam de evictione convenit: non solum re evicta in id, quod sua interest, agere non potest, sed ne id quidem, quod eo nomine dedit, repetere. *L. si fundum. C. eod. tit.* Cui consequens est, ut si cum quid juris venditori in re vendita deesset, qua in caussa res esset, prædixerit, talemque vendiderit: re ob eam caussam ablata, nullo modo teneatur. Proinde creditor, qui rem sibi obligatam jure creditoris, vel, quod idem est, jure pignoris, idest, tanquam obligatam, non tanquam suam vendit: ea evicta, quod debitoris in bonis non esset, ex empto non tenebitur, ne ad pretium quidem restituendum? hac enim lege vendiderat, emptorem quid accidere posset, admonens. *d. L. ex empto. §. sententiam, de act. empt. L. et si is, de dist. pign.* Plus dicimus, etsi venditor nondum pretium sit consecutus; nullam tamen exceptionem habere emptorem, quo minus pretium venditori solvat; *L. cum ea 60. hoc tit.*

Huc referri debent, quæ tam multis locis de statulibero sub hoc tit. inculcantur, ut si is venditus sit: quod in eo venditor exceperit de futuro casu, aut conditione, qua ea res in libertatem auferretur, in eo evictionis no-
mine non teneatur. Itaque † refert, quid 7
excipiat: utrum generaliter pro statulibero vendat, ut quocumque modo statutam in tempus habeat libertatem, venditor non teneatur; an vero certam conditionem pronuntiet, sub qua dicat ei libertatem datam. Nam qui simpliciter statuliberum vendit, quocumque modo res evincatur, evictionis nomine non tenetur; nisi in venditione profusorie statuliberum dixerit, conditionem autem libertatis celaverit, quam emptor ignorabat. Quo casu evictionis quidem nomine se liberavit, sed quia emptorem decepit dupli judicio tenebitur. *L. qui libertatis, in prin.*
L. sed etsi quis hoc tit. Qui autem † certam 8
conditionem pronuntiat, quia eam solam excipit, si quidem in eam conditionem servus in libertatem auferatur, liberatur venditor; si in aliam, nequaquam. Merito, quia hanc rem non excepit. Quod tamen sic receptum est: si modo expediebat emptori evinei servum ea conditione, quam venditor pronuntiavit. Finge eam conditione non fuisse tam cito, aut non tam facile e servitute exiturum, quam illa, sub qua re vera manumissus est: quia emptoris conditio deterior fit, ut celerius aut facilius servus in libertatem auferetur, quam ille exspectabat: venditorem
ob evictionem teneri æquum est. Quod † si 9
celerior aut facilior fuit ea conditio, quæ pronuntiata est, quam sub qua re vera ser-

vus manumissus est; quia etiam si ista con-
ditione in libertatem non aufertur, melior
tamen fit conditio emptoris, cui diutius ser-
vit is, qui venditus est: iniquum sane sit
venditorem eo nomine teneri, quod emptori
de conditione mentitus est. Hujus generis
exempla sunt apud Africanum hæc sub hoc
titulo in *L. fundum*, 46. §. *cum tibi*. Cum
tibi Stichum venderem, dixi eum statulibe-
rum esse sub hac conditione manumissum,
si navis ex Asia venerit. Is autem si Titius
consul factus fuerit, manumissus erat. Si
prius navis venerit ex Asia, quam Titius
consul factus fuerit, venditor non tenebitur:
quoniam quod servus non statim liber factus
est, cum ea conditio exstitit, quæ pronuntia-
ta est, non ideo emptoris deterior conditio
fit; sed tanto melior, quanto illi servus diu-
tius servit, quam speraral. Fingamus etiam
dixisse venditorem post annum liberum fore
qui post biennium libertatem acceperat, et
post biennium in libertatem evinci vel eum
qui decem dare jussus erat, dixisse quinque
dari jussum, et is decem datis ad libertatem
pervenerit. Nihilo magis, quam supra tene-
bitur. Interest enim emptoris differri homi-
nis libertatem in longius tempus, quo diu-
tius eo fruatur; et sub graviore conditione
pecuniæ dandæ esse manumissum; quia quo
plura jussus erit dare statuliber, ut ad liber-
tatem perveniat, eo difficilius emptoris pote-
statem evadet; et plura etiam emptor conse-
quetur, quam si ita esset, ut venditor prædixit.
Ita quod his casibus servus in libertatem
evictus non est ea conditione, quæ dicta est,
sed alia, non fit emptoris conditio deterior,
10 sed melior. Contra † tunc tenebitur venditor,
cum eam conditionem pronuntiavit, quæ post
eam exstitit, sub qua re vera statuliber ma-
numissus est: aut eum decem tantum dare
jussus esset; dixit jussum viginti dare. *L.
qui libertatis, hic.* Non quia, ut Accursius in
hoc exemplo putat, difficilius possint viginti
expediri, quam decem (nam hac ratione eo
melior fieret conditio emptoris, quo diffici-
lius statuliber ad libertatem perveniret) sed
quia, ut apparet, eum servus decem dando
libertatem consequetur, emptor decem amit-
tat, quæ consequeretur, si verum esset ser-
vum sub conditione dandorum viginti ma-
numissum esse. Quo tamen casu non ob
evictionem servi actio erit emptori ex empto
in id, quod interest, aut nomine duplæ certa
condictio; quia de summa quidem mentitus
venditor, de genere conditionis mentitus non
est, utpote quæ non minus in dando esset,
et Servius et Scævola existimarunt: *d. L.
qui libertatis, in prin. hic.* Sed erit ex empto
ut quanto minus consecutus est emptor, quam
si servus sub conditione dandorum viginti
manumissus esset, id consequatur *L. qui
alienam*, 54. §. 1. *hic.* Exstat tamen † in 11
hac ipsa specie Pauli responsum in *L. si
decem* 10. *de statuliberis*, in hanc sententiam:
ut si ob evictionem dupla promissa sit, hoc
casu duplæ sit repetitio. Quod ego sic inter-
pretor; si quidem specialiter convenerit, ut
si ob hanc conditionem evictus esset, dupla
daretur. Quod si generaliter convenerit, ut
si servus evinceretur, dupla præstaretur, non
committetur hoc casu duplæ stipulatio:
quia sit evictus ea conditione, quam ven-
ditor prædixerit. Et ita se habere Servii et
Scævolæ sententiam existimo.

Quod † de conditione, quam venditor in 12
statulibero vendendo excepit, diximus: idem
secundum supra scriptam distinctionem de
eo judicandum est, qui rem vendendo dixit
usumfructum alienum esse, et nominatim
addidit Titii esse, cujus non erat, isque ab
alio evictus est. *L. minor*, §. *ulti*. *L. fundum
in prin. hoc titu.* Interim illud † maneat, si 13
prædictum sit emptori, quid esset in re, unde
res postea ab emptore avocari posset, id actum
intelligi, ut si id acciderit, ne pretium qui-
dem venditor restituat: alioqui frustra id
expresserit. Nec mirum, † si in eo, qui rem 14
vendens, generaliter ne evictionis nomine
teneretur, sibi cavit, diversum respondeamus.
Nam eum de conditione rei nihil certo præ-
dixerit, rem tanquam aliquo jure ad se per-
tinentem vendere intelligitur; sed quia ve-
retur, ne ob ignotam aliquam caussam fiat,
ut evincatur (nam si sciret, exprimeret) ideo
sibi cavet. Quod cum facit, ideo facere exis-
stimandus est in re dubia, non ut ea res ipsi
sit compendio, sed ut ne noceat: id est, ne
re evicta utilitatem omnem, quam non erit
consecutus, præstare cogatur, non ut pre-
tium lucretur, quod sine incommodo suo re-
stituere potest. Hæc de evictione præstanda
ante constituere oportuit. Nunc ad rem ve-
niemus.

CAP. III.

Evincere quid sit, et quibus rebus contineatur evictio, ut sit actio ob evictionem, ac primum rem emptori auferre oportere.

SUMMARIA.

1. *Evincere ex notatione verbi quid sit, quid rursus ex usu juris.*
2. *Tria concurrere oportet ut rei evicta dicatur; adeoque sit locus evictioni; ea quæ.*
3. *Etsi iis de proprietate rei mota sit, immo et secuto judicis condemnatio, quandiu res emptori non obducitur, stipulatio tanquam evita re non committitur.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Qui sciens rem alienam ignoranti vendidit, etiam re nondum evicta tenebitur ex empto.*
6. *Emptori victo in rei vindicatione, donec Publiciona superest, non committitur stipulotio,* rem habere licere, *nec actio illi competit evicta rei nomine.*
7. *Actio ex empto, etiam re non abducta, datur emptori; et qua in specie.*

1 Evincere, † ut verbi vis et ratio facile indicat, est vincendo aliquid ab aliquo auferre et consequi. Unde in disputando atque omni orationis contentione, quod vi argumentorum, ac dicendo ab adversario extorquemus ut concedat, evincere ab illo dicimur. Eoque modo nunc accipitur. Sed quoniam verbo juris utimur, et in contentionibus civium inter ipsos de rebus, negotiisque omnibus, quæ jure suscipiuntur, hæc una vincendi ratio est, si jure, judicioque agamus: unde actio definita est jus persequendi non vi, aut alia ratione, sed judicio, quod nobis debeatur: eo fit, ut evincere hoc loco id sit, rem non quovis modo, sed per judicem auferre et avocare ab emptore; vincere denique judicio rem illius non esse, de qua quæritur. *L. non tamen*, 24. *L. si mancipium*, §. 1. *hoc tit.* Quare si de hac re tota breviter dicendum est, quoniam initio diximus, cum res aliena vendita est, evictionis solum nomine venditorem teneri, ita recte definiemus, tunc rem evictam intelligi et quod quærimus, tunc emptori adversus venditorem regressum esse propter evictionem, cum emptor de ea re, quam emit, judicio victus ob eam caussam quod res auctoris non erat, quodque per eum rem obtinere non licebat, eam dimittere, eaque cedere coactus est. Sane enim ob id, quod rem amisit, quia aliena erat, eum actionem habere placuit. Sed tunc vere intelligetur, rem habere non posse, cum necessitate judicii coactus fuerit.

2 Tria † igitur sunt, ut hæc eadem paulo uberius et distinctus explicemus, quæ ante quam de re aliena distracta emptori actio sit adversus venditorem, concurrere oporteat. Unum est, ut res certo emptori oblata sit, ut eam illi habere non liceat. Alterum, ut judicio ablata. Tertium, ut ob eam caussam oblata sit, quod aliena essent, neque eam per venditorem emptori habere liceret. Quarum rerum si una aliqua deerit, actio eo nomine non dabitur. Primum ergo sic † sta- 3
tuatur, quandiu emptor rem possidebit, tandiu emptorem auctorem suum convenire non posse, quamvis res aliena, aut obligata esse dicatur, idque etiam fortasse constet. *L.* 3. *C. eod. tit.* Proinde ne lite quidem mota de proprietate rei, venditori ad pretium restituendum conveniri peterit. *L. si prius*, §. *mota hic.* Hoc amplius, etsi jam emptor in evictione rei sententia judicis victus sit: si quo modo fiet, ut res ei non abducatur, dicemus stipulationem ob evictionem non committi. Finge eum, qui emptorem vicit ante, sine successore decessisse ita, ut neque ad fiscum bona pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi. Finge ab eo, qui vicit, ante quam abduceretur, donatam, legatamve esse emptori. Quia illi res non evincitur, quam illi habere licet, idque fit sine ejus incommodo: nulla eo nomine ob evictionem actio futura est. *L. habere*, 57. *hoc tit.* Multoque magis idem dicendum est, si venditor ad defensionem vocatus, et procurator ab emptore datus victus fuerit, ac litis æstimationem sustulerit ut res apud emptorem maneret. *L. si servus*, §. 1. *hoc tit*, Et tamen in his omnibus constitit, rem alienam venditam fuisse. Sed emptori rem habere licet, quæ ablata non est.
Nec † adversatur his, quod Ulpianus in *L.* 4

stipulatio ista. 38. §. 1. *et seq. de verb. obl.* ita scribit : *quatenus habere licere videbitur. Si nemo controversiam faciat : hoc est, neque ipse reus. neque heredes ejus, heredumve successores.* Ex mox ; *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel quo alio jure ejus, quod distractum est ; palam est committi stipulationem.* Non enim toto eo loco Ulpiano propositum est docere, utrum controversia solum mota, an condemnatione tandem secuta, stipulatio rem habere licere committatur ; sed illud, quibus personis controversiam moventibus, et quibus rebus petitis committatur. Cum igitur ait, illis controversiam facientibus et omnibus rebus petitis stipulationem committi, sic intelligendum est : siquidem etiam controversia ad extremum perducta sit, et res evicta. Idque liquido ex eo ipso loco intelligitur. Sic enim scribit : *palam est stipulationem committi, habere enim non licet ei, cui aliquid imminuitur ex jure, quod habuit.* Innuit ergo tunc rem habere non licere, cum jus imminutum est, quod sententia fit judicis, non controversia mota. Sed nimirum, ut dixi, hoc agebat, ut cum aliquid judicio evictum est, ostenderet, nihilne referret, quinam evicissent, et utrum rem totam, an vero partem, atque adeo jus aliquod evicissent. Plane
5. si † venditor sciens rem alienam ignoranti vendidit, etiam ante quam res evincatur, emptor utiliter ex empto agere potest in id, quod sua interest, rem suam factam esse : veluti si quos sumptus in lite fecit ; si quid propter eam caussam damni passus est : ut enim nihil aliud præstet, dolum certe in omni re debet præstare. *L. sive in libertatem, C. eod. tit. L. servus quem, de act. empt.*

Ad illud redeo : si † rem emptori habere 6
licebit, nulla erit ob evictionem actio. Sed etsi uno judicio victus sit emptor puta rei vindicatione, qui quod se dominum putaret, se quoque dominum esse intenderat. Publiciana tamen ei superest, quæ etiamnum superesse intelligitur : stipulatio non committetur. hactenus enim rem illi habere licet. *L. minor*, 39. §. 1. *hic.* Et in summa sic cum Paulo recte definiemus : tunc stipulationem committi ob evictionem, cum jam omnis spes habendi abscissa est. *L. evictus*, 35. *hic.* Quod tamen diximus in totum emptori actionem non esse, si rem illi quocumque modo sine incommodo suo habere licebit, de actione ob evictionem dictum accipiendum est. Cæterum † ex empto actio 7
interdum dabitur. Quod tunc fiet, cum emptori habere licebit, non ob id, quod a venditore tradita erat ; sed quod emptori ex nova caussa a domino acquisita est, cum alienam esse constaret : puta, si emptor domino successerit. Qua casu a se quidem ipso rem evincere jam non potest. Sed cum non ideo eam non evincat, quod possidenti caussam a venditore habeat, hanc rem venditori prodesse iniquum est. *L. si vendideris*, 9. *L. si ei*, 41. *hoc tit.* Quod si in hac specie recipimus, etiam in illa probandum est, cum res emptori a domino legata, aut donata est. Rem igitur ablatam emptori esse oportet ante, quam illi adversus venditorem actio sit.

CAP. IV.

Ad evictionem oportere rem judicio avocari.

SUMMARIA.

1. *Actioni tamquam evicta re locus est dumtaxat, cum res judicio ab emtore est avocata; non item si alio quocunque modo illi sit adempta vel amissa.*
2. *Si tamen invito emptore res ad dominum eo nomine pervenerit, quod sit aliena, Emptor actionem habet ex vendito.* §. Si secundus, L. si cum venditor. 66. *exposita, ibid.*
3. *Emptor non continuo lite mota, rem petitori debet restituere, sed vel denuntiare venditori, vel rem judicio defendere, si apta habet instrumenta.*

1 Non est hoc satis. † Judicio avocari eam oportet. Quod nisi fit, quoquo modo res ablata fuerit, id emptori nocebit, non auctori. *L. non tamen* 24. *hic.* Sic enim, ut dixi, intelligetur per venditorem fieri, quo minus habere liceat, si necessitate judicii cogente emptor rem amiserit. Proinde sive vi res adempta sit, sive casu perierit, ad venditorem is casus nihil pertinebit. *L. ult. C. de act. empt. L. Lucius,* 11. *L. si servus.* 21. *hic. L. si quis tibi, C. eod. tit.* Multoque minus, si emptor voluntate sua nemine cogente rem amiserit: puta, si servum manumiserit: *L.* 25. *hic.* Si fundum emptum religiosum fieri passus sit; *L.* 51. §. *si quis locum, hic.* Si rem pro derelicto habuerit, quanvis hanc alienam esse probaturus fuerit. *L. ult. eod. tit.* Idemque de eo judicandum est, qui compromiserit, et sententia arbitrii damnatus rem restituerit: quippe qui ut id faceret, nulla necessitate cogeretur. *L. si dictum,* 56. §. *si compromisero, hic.* Meritoque his casibus adversus venditorem actio non est: quia etsi res aliena non esset, tamen eodem modo 2 apud emptorem amitteretur. Sed etsi † res non voluntate emptoris ad dominum pervenerit sine judicio ob id solum, quod aliena esset: actio ob evictionem nun erit, nec stipulatio ob evictionem committetur. Verumtamen hoc casu emptor contra venditorem actionem habebit. Finge mulierem, quæ rem alienam emit, dum ei postea nubit, qui ejus rei dominus erat, eam rem ignorantem illi dedisse. Maritus quidem suam rem jure suo tenebit, nec mulieri restituet. Sed cum ideo mulier eam amiserit, quia aliena erat: æquum est, illi ob eam rem actionem esse, cui nihil imputari potest, quod dum suam putat, in dotem dederit. *L. non tamen,* 24. *hic.* Idem in hac specie Papinianus respondit. *L. si cum venditor,* 66. §. *si secundus, hoc tit.* Secundus emptor venditorem, eundemque, qui prius ab alio venditore emerat, ad litem hominis dedit procuratorem. Hic procurator rem restituere jussus, ne ob evictionem emptori secundo teneretur, servum non restituere statuit, et quia non restituebat, condemnatus, litis æstimationem sufferre maluit. Hic si rem species, merx nec secundo emptore, nec ab eo, qui egit, evicta est: ut dici possit hunc adversus venditorem suum actionem ob evictionem habere, utpote qui rem retinuerit soluta æstimatione. Sed nec ob id habiturus esse videtur, quod litis æstimatio illi abest; tametsi dici soleat, ei rem abesse videri, cui pretium abest. *L. Labeo et Sabinus. D. de verb. signif.* Nam pecuniam alieno nomine solvit, qui procurator in litem datus erat, non suo. Et sane ita se res habet, ut juris subtilitate res evicta non esse intelligatur, nec emptor hoc casu actionem habeat propter evictionem. Sed quia damnum evictionis ad eum pertinet, qui mandati judicio nihil a suo emptore recuperare potest, ait Papinianus non inutiliter ad percipiendam litis æstimationem agi posse ex vendito.

Secundum hæc † dicendum est, si lis de re moveri cœperit, non continuo emptorem petitori rem restituere debere: sed exspectare dum sententia judicis damnatus rem restituat. Idque est, quod multis locis traditum legimus, quamvis aut res mortua sit post litem contestatam, aut ab emptori restitui alii debeat: necessariam tamen esse sententiam propter evictionem. *L. utique de re vind. L. atqui natura* §. *si cum me, de neg. gest.* Nec quisquam dicat iniquum esse prohiberi emptorem, ne bonam fidem agnoscat. Dominus enim in re sua quidvis pro suo arbitratu re- 3

cte statuet: et qui in rerum alienarum administratione pro dominis habentur, bonam fidem agnoscere non prohibentur, si rebus manifestis vincantur; ut in tutore pupilli caussam agente constitutum est. Quin etiam hoc illis, ut faciant, uti pro officio, præceptum est. *L. quoties;* §. *sicut, de adm. tut.* Emptor qui de re aliena convenitur, cujus periculo res non agitur, sed venditoris, ad quem evictionis incommodum pertinere voluit; minime vero, ut vult, de re statuere poterit, sed eam venditoris arbitrio permittere debebit. Alioqui juste illi culpa obiicietur, quod rem non suam sine caussa non coactus restituerit. Quid ergo? Emptor litigabit, et cum rem habere deberet, lite non necessaria se implicare cogetur? Minime: sed venditori denuntiabit, ut se defendat: quod si facit, ipse omni molestia liberatur. Sin minus, licet illi, cum ea non haberet, quibus caussa instrueretur, nihil addentem pati se condemnari. Nam si rebus necessariis intructus est, nisi rem defendit: actionem adversus venditorem illum habere contra bonam fidem est.

CAP. V.

Rem non solum judicio, sed etiam jure auferri oportere tanquam alienam, aut pignori obligatam, ut sit evictioni locus.

SUMMARIA.

1. *Si res vendita sit et tradita emptori, et tamen ea conditione sit, ut avocari possit; esse evictæ rei nomine actionem.*
2. *Quin etsi, facta plene accipientis jure civili re vendita, si tamen restitutorio aliquo judicio avocari potest, est veluti evictæ rei utilis actio: quod illustratur exemplis.*
3. *Si emptoris culpa factum sit, quominus sibi rem habere liceat, nulla erit, ei evictionis nomine actio.*
4. *Quot modis isto nomine culpa imputari queat emptori et* n. seq.
5. *Qui motam sibi litem non denuntiat auctori suo, evictione nutitur.*
   Auctorem laudare quid sit ibid.
6. *Denuntiare debet præsenti non autem absenti; quis absens aut præsens.*
7. *Ea nihilominus conditione, si potest, vel nisi denuntiatio ei remissa fuerit* et num. 9.
8. *Præsenti quando denuntiatum videatur. Quid si pupillo sine tutoris auctoritate.*
10. *An scienti venditori denuntiare motam sibi litem debeat emptor, et quare.*
11. *Venditori emptor motam sibi litem denuntiare debet saltem ante condemnationem.*
12. *In re autem legata priusquam judicium accipiatur, et quæ differentiæ ratio.*
13. *Emptor iniuria Judicis victus non habet nomine evictionis actionem.*
14. *Quomodo per iniuriam seu sordes judicis victum emptorem probare venditor debet.*
15. *Quare non idem atque in emptore statuatur in fidejussore per judicii iniuriam victo.*
16. *Adversus quos emptor licet culpa sua, aut judicis iniuria victus, evictionis nomine habeat actionem.*
17. *Summa rerum.*

1 Ne hoc quidem satis, rem judicio ob invito auferri: hoc † etiam restat, ut ob id evincatur, quod res aliena vendita fuerit, aut pignori obligata: denique quod jam tum in ea caussa fuerit, ut ob eam caussam emptori avocari posset, nec emptori habere liceret. *L. Herennius,* §. 1. *hoc. tit.* Quare etsi quis rem suam vendidit, et tradidit emptori tamen si perfecte rem non fecit accipientis, id est, ea conditione res fuit, ut aliquo modo avocari posset, ea ablata eo nomine, actio erit: puta, si statuliber venditus sit. *L. minor,* §. *qui statuliberum, hic.* Nam hunc interim heredis esse constat. *L. statuliberum, de statulib.* Plus † dicimus, etsi jure civili 2
res perfecte accipientis facta est, si tamen restitutorio aliquo judicio avocetur actionem ob evictionem fore: non illam quidem directam, quia verum est, dominium aliquando fuisse emptoris: sed utilem, quia vi ipsa id actor assecutus sit impetrando restitutionem, ut res nunquam emptori fuisse videretur. Fac igitur minorem, fundum vendidisse Titio, et Titium item Sejo, Minorem,

quod se in ea venditione circumventum diceret, adversus Sejum, qui eum fundum possidebat, impetrasse cognitionem, et restitutum esse. Eidem adversus Titium venditorem utilis ob evictionem actio recte dabitur tametsi jure civili is dominus effectus fuerit a Titio, qui et ipse a minore effectus erat. *L. minor*, 39. *hic.* Idem de eo emptore Papinianus respondit, in *L. si cum venditor*. §. 1. *hoc tit.* qui rem alienam sibi emptam per absentiam domini, qui Reipublicæ caussa aberat, usucepit, ac domino reverso eam ex restitutione prætoris reddere coactus est. Et e converso de eo, qui ipse cum Reipublicæ caussa abesset, rem emptam usucepit, quam postea domino victus restituit. Sciendum est enim edicto prætoris, quo majores restituuntur, provisum esse, ne cujusquam justa absentia vel ei prosit, qui abest, vel ei adversus cæteros noceat. Ita cautum est, ut sive per absentiam alterius rem ejus usucepisset: sive illius rem alius: et ei, et adversus eam restitutio esset, quasi nec usucaptum foret quod usucaptum est. *L.* 1. *ex quib. caus. majo.* In proposita autem specie, emptori, qui rem usuceperat, utilem actionem dat Papinianus evictionis nomine ideo, quia dominium revera emptori per usum quæsitum erat: quo facto desinit venditor emptori de evictione teneri. *L. qui alienam hic.*

Sed quod diximus actionem ob evictionem tunc esse, cum res ob id evicta est, quod in ea caussa esset, ut avocari posset,
3 id ita ✝ temperandum est: si modo etiam per emptorem factum non erit, quo minus eam habere ei liceret. Quid enim, si cum posset usucapere possidendo, possessionem culpa amiserit, atque ita interrupta sit usucapio? In ea caussa erit, ut si postea vincatur de ea re, adversus venditorem eo nomine agere non possit. *L. si dictum*, §. *si cum posset, hoc tit.* Ex his efficitur, ut quæcumque alia caussa fuerit, propter quam emptor vinceretur, quam quod malam caussam haberet: id est, quam quod rei habendæ ac retinendæ caussam a venditore nullam haberet: venditor illi eo nomine non teneatur. Caussa aut in ipso esse potest, dum ejus culpa et vitio factum est, ut condemnaretur: aut in judice, qui in bona caussa contra jus per imperitiam, vel errorem, vel sordes judicavit. Quare recte ita definiemus, quod et quibusdam rescriptis expressum est: ut *L.* 1. *C. de rer. permu.* sive culpa sua emptor, sive injuria judicis victus sit, actionem eum ob
4 evictionem non habere. Culpa ✝ autem varie emptori imputari potest. Primum hoc culpæ ejus assignandum est, si ex possessore petitor sua culpa factus, victus sit in ea re quam si possideret, retinere potuerit adversus eum, qui controversiam faciebat, nec dominus erat; petere autem utiliter non potuerit, quia facile probare non posset, rem fuisse ejus, qui vendidit. *L. si rem*, 29. §. 1. *hic.* Item si cum venditor admoneret emptorem, ut faciliore judicio ageret, puta Publiciana, aut ea actione, quæ de fundo vectigali proposita est: emptor id facere supersederit, et ideo victus sit. *L. si cum venditor*, 69. *hic.* Quid, si ideo contra eum judicatum est, quia judicio non adfuit? Absentiæ hoc ejus non male adscribendum est, quod victus est: ideo adversus venditorem actionem non habebit ob evictionem *L. si ideo*, 55. *hic. L. emptor. C. eo tit.* Quid, si præsens dum caussam agit, ea exceptione summotus est, quæ ipsius personæ objiceretur, id est, cujus caussam ipsius factum præbuisset. Finge eum possessore pactum esse, ne eam rem peteret: jusjurandum ei detulisse, ut juraret rem suam esse, atque illum jurasse: deinde eum res ab emptore peteretur, eum exceptione pacti, aut jurisjurandi opposita condemnatum esse? An non in eo culpam esse, cur victus sit, et ob eam caussam ipsi factum suum nocere æquum esse dicemus? *L. hoc jure*, 27. *cum L. seq. L. Herennius, in fi. hic.*

In primis vero ab emptore hoc exigitur, ut cum de re distracta a domino convenitur, venditori denuntiet, ut ad agendam caussam adsit. Sic enim ille admonitus caussæ agendæ, et instruendæ adesse potest, et robus necessariis ad sui juris probationem allatis efficere, ne emptor vincatur. Quod nisi fit, si victus est, de se queri debet, non de venditore. Quamobrem sic de hac re jus constitutum est, ut si per emptorem ✝ stet, quo 5
minus præsenti venditori denuntiet litem sibi moveri, et ad defendendum adesse jubeat, actio de evictione ei non detur. *L. si ideo, in fin. hic. L. emptor, L. si controversia. L. si eum quæstio, L. si parentes, C. eod. tit.* Hoc autem veteres auctorem laudare dixerunt. *L. Herennius, hic. L. auctore, C. eod.* Auctorem enim appellamus venditorem, et generaliter, quisquis est, a quo rem ex venditione, donatione, permutatione, aut aliqua justa caussa nobis traditam accepimus, qui nobis habendi scilicet, et possidendi caussam et initium dedit; denique qui cur rem haberemus, nobis auctor est, *L. apud Celsum*, §. *de auctoris*, et §. *auctoris, de dol. mal. exc.* Laudare vero, veteribus dictum est idem, quod nominare et citare, ut testatur Agellius *Lib.* 2. *Noct. Att. Cap.* 6. et Macrobius *Lib.* 6. *Cap.* 7. Animadverten-

6 dum est autem id † exigi, ut præsenti tan-
tum denuntietur. Absentem requirere nihil
necesse est. *d. L. si ideo, in fin. hic.* Præ-
sentem accipimus eum, qui in continentibus
ædificiis est; quemadmodum absentem, qui
extra continentia urbis est. *L. absentem, de
verb. sig.* Sed etsi præsens sit venditor,
7 denuntiare ei debet emptor, † siquidem po-
test. Si per eum non fiat, quo minus ei
denuntietur, stipulatio committeretur. Quid
enim, si curavit venditor, ne sibi denuntiari
posset, aut venditore nihil faciente, emptor
cognoscere ubi esset, non potuit. *d. L. si
ideo. L. si dictum, §. si præsente: hoc tit.*
8 Præsenti † denuntiatum videbitur, sive ipsi
venditori, qui de evictione promisit, sive eò
præsente nec ignorante, procuratori ejus
denuntiatum est. An pupillo denuntiari pos-
set, etiam sine tutoris auctoritate, cum forte
tutor abest, quæsitum est. Et hoc quoque
benignius receptum esse Trebatius ait. *L. si
dictum, §. si præsente, et §. ult. hic.* Plane
9 si emptori † remissa sit pacto denuntiandi
necessitas: nihil oberit ex empto agenti, quod
denuntiatio pro evictione interposita non
erit *L. Herennius, hic.* Dubitari potest, an
10 † nihil obsit etiam ei non denuntiari, qui
litem moveri emptori non ignorat. Dici enim
solet, non esse certiorandos eos, qui non
ignorant, quia sit supervacuum. *L. 1. de
act. empt.* Sed in medio sunt innumera re-
scripta sub eodem titulo *C. L. emptor, L. si
parentes, et alia multa*, quibus districte hoc
edicitur, ut venditori denuntietur: alioqui
fore, ut emptor actionem non habeat: ut
dicendum sit, etiam scienti denuntiari opor-
tere. Et merito. Nam si id agatur, ut is,
qui ignorat, sit sciens, ne decipiatur: tunc
sane recte dicetur, supervacuum esse monere
eum, qui sciat. At cum denuntiatio ideo
exigitur, ut ipse emptor quid velit secum
agi, quid a venditore sibi præstari, declaret,
ut in hac re accidit; sine dubio et adversus
eum, qui sciat litem moveri, denuntiatio
necessaria est. Alioqui qui scire potest ven-
ditor, an emptor velit caussam a se suscipi,
nisi de eo appelletur? Non enim profecto in
re aliena debuit esse curiosus. *L. doli, in fin.
de novat.*

Cum venditori denuntiandum sit, quando
11 † denuntiari debet, videamus. Utrum cum
primum id facere potuit, et lis ei mota est,
et denuntiare debuit, an aliquando ante sen-
tentiam id facere satis est? Et Pomponius in
*l. si rem, 29. §. ult. quolibet tempore vendi-
tori denuntiari posse* ait, *ut de re agenda
adsit, quia non præfiniatur certum tempus in
ea re, dum tamen ne prope condemnationem
id fiat.* Ne prope condemnationem venditori
denuntietur, exigit, ut possit venditori ad-
monito spatium esse ad eas res comparandas,
quæ ad caussam agendam opus sunt. Et ge-
neraliter hoc exigendum est, ut tunc vendi-
tori denuntietur, cum illi adhuc integrum
esse possit, rem agere. Cæterum si tunc de-
nuntiabitur, cum angustiis judicii districtus
non poterit rei in tempore subvenire, empto-
ris culpa est, nec stipulatio de evictione com-
mittetur. Huc pertinet, quod Paulus in *L.
si fundo. 53. §. ult. hoc tit.* ita scribit: *si cum
posset emptor auctori denuntiare, non denun-
tiasset, ideoque victus fuisset, quoniam parum
instructus esset: hoc ipso videtur dolo fecisse,
et ex stipulatu agere non potest.* Labeo tamen
auctor est, † si homine generaliter legato 12
Stichus legatario ab herede solutus evictus
sit, omnino sic habiturum legatarium ex
testamento actionem adversus heredem re
evicta, si ante denuntiarit heredi, quam ju-
dicium acciperetur. Si aliter fecerit, ex testa-
mento agenti ob statutam doli mali exceptio-
nem. *L. qui concubinam, 29. §. pen. de leg.*
3. Sic exigere videtur, non ut quolibet tem-
pore re integra venditori denuntietur, sed ut
ante quam judicium accipiatur. Sed hoc
scripsit. Labeo de re legata, idest, ea, quæ ex
lucrativa caussa tradita est. Bene autem, mea
sententia, qui putant aliud in emptione one-
rosa caussa, aliud in lucrativa juris esse. Nam
in venditione nihilominus emptoris res agi-
tur, et incommodum propter pecuniam, quæ
illi abest, quam ipsius venditoris. Proinde
et caussam recte ipse agere potest; et vendi-
tori, ad quam ea res pertinet, satis esse de-
bet, si tempus habeat, intra quod ipse ad
suam cautionem defensiones suas, si quas
habet, aut instrumenta afferat. Nam hoc si
fit, nihil est quod de emptore, qui interim
caussam suam egit, queri posse videatur. At
vero re legata, cum solius heredis in evictione
periculum agatur, legatarii nullum, quamvis
sua culpa vincatur: æquum est, ut aliam
rem pro ea, quæ evicta est, heres præstare
cogatur, rem totam illius arbitrio a principio
permitti, ut totius rei actio illius sit, cujus et
periculum est.

Ut si culpa sua emptor vincatur, actionem
ob evictionem non habet: ita † nec si inju- 13
ria judicis victus fuerit habiturus est. Siqui-
dem injuria judicis hoc maxime declarat,
emptorem bonam caussam habuisse, qui
contra jus condemnatus sit: veluti si præscri-
ptione longi temporis tutus emptor, aut tran-
sactione, quam in eadem re aliquando cum
petitore vel ipse, vel auctor ejus interposuerat
(nam emptorem tam suis, quam venditoris

defensionibus uti posse certum est.) *L. emptori, C. eod. tit.* eam in judicio opposuerit: judex autem eum harum exceptionum rationem in primis habere deberet, nullam habuerit. Nec referre Ulpianus putat, utrum per errorem, et imprudentiam judicis, ac stultitiam victus sit emptor, quo tempore tamen judex facere injuriam non cogitabat; an vero per sordes et avaritiam, cum pecunia corruptus judex sciens prudens contra emptorem male judicat. Omnino enim, inquit, *injuria, quæ emptori fit, auctorem contingere non debet.* L. si per imprudentiam, 51. *hoc*
14 *tit.* Quid ergo, quæret aliquis, † venditor, qui dicet emptorem injuria judicis victum, eoque se non teneri: probare debebit imperitum fuisse judicem, aut pecunia, vel gratia, vel odio corruptum? quarum rerum obscura sane, et periculi plena probatio est. Minime vero harum rerum probationem suscipere necesse est. Satis erit ex actis ostendere, cum exempli gratia, exceptio justa opposita fuisset, vel id esset allatum, quod ad defensionem, vel juris sui confirmationem satis esset, judicem ejus rei rationem nullam habuisse. Necesse est enim, qui id fecerit intelligatur vel ob id fecisse, quia nesciret illa objecta esse, nec instrumenta litis cognovisset, vel quia esset imperitus juris, qui putaret exceptionem nihil ad rem pertinere: vel si sciret, quid in jure esset, aut pecunia corruptus, aut ambitione, aut alia quavis animi perturbatione incitatus contra jus judicaverit. Aliquam autem caussam probari nihil necesse est, cum aliquam subesse oporteat; nihil autem referat, quænam ea sit, dum id constet, judicem injuste judicavisse, et injuriam emptori fecisse.

Sed cum statuamus, si per injuriam judicis emptor victus sit, hoc illi nocere, non venditori, quamvis caussam injustæ condemnationis nullam dederit (nam quod judex imperitus fuit, quod pecunia corruptus, quæ in eo emptoris culpa esse potest?) oritur hoc
15 loco † ex adverso quæstio, cur diversum in fidejussore condemnato probemus; de quo Paulus scribit, si is exceptione, quæ illi prodesse debebat, usus, injuria judicis condemnatus sit: injuriam quidem, quæ illi facta est, apud eum manere debere, si ipse injustæ condemnationis caussam præbuerit. Enimvero si nullam præbuit, manere non debere, et nihilominus adversus debitorem regressum habere. *L. exceptione de fidejus.* Sed in promptu differentiæ ratio est. Emptione namque et venditione contracta, incipit emptoris principaliter res agi, ad quem ut commodum omne rei: sic periculum, et casus omnis pertinet. *L. necessario. de peric. et com. rei vend.* §. *cum autem de empt. et vend.* cujus generis est hoc, quod a judice nunc contigit. Fidejussor autem alienum negotium tantum gerit, non suum, idque officii caussa; neque porro debet illi officium suum, qua in re culpa ejus absit, esse damnosum. *L. si servus.* §. *quod vero ad. de furt. L. sed si quis. quemad. test. aper.*

Non tamen per omnia verum † est, eum, 16
qui culpa sua, aut injuria judicis separatus est, actionem adversus venditorem non habere. Hue enim receptum non est adversus eum venditorem, qui ipse rem evicit, et cæteros omnes, qui in ea caussa sunt ut avocare rem ab emptore non deberint. Quod quo facilius intelligatur, sciendum est quosdam esse, qui rem ab emptore vindicare non possint: hi sunt autem, quicumque re ab aliis evicta tenentur; quo in numero sunt venditor, venditoris heredes, et si qui sunt fidejussores evictionis. Si enim sunt, qui habere licere emptori præstare debent. Improbe igitur faciant, si eum oppugnent, quem soli maxime tueri debuerunt, eoque fit etiam, ut si vindicent, exceptione doli mali summoveantur. *L. vindicantem.* 17. *L. Seja.* 73. *hic. L. sive possessio, L. exceptione, C. eod. titu.* quæ tituli sequentia prope una summa est. Verumtamen fingamus venditorem (quod de venditore dico, idem in cæteris intelligi volo) eum rem alienam vendidisset, domino sibi postea quæsito, rem vindicasse ab emptore, aut ejus heredes; emptorem aut exceptione doli omissa, aut eum opposita esset, per injuriam judicis victum rem restituisse. Quæstionis erit, an hoc casu actionem ex empto, vel ex duplæ stipulatione adversus venditorem exercere possit. Nam in hac caussa alterutrum illi obstat ex iis, quæ efficiunt, ut stipulatio evictionis cæteris emptoribus victis non committatur. Si exceptio doli ab illo opposita non est: per eum factum est, ut vinceretur, qui si exceptionem opposuisset, venditorem summoveret. Rursum si eam opposuit, ac victus est: injuria illi a judice facta est. Nam hac exceptione opposita, si vera esset, venditor audiri non debuit. Ita hac quoque de caussa regressum ad venditorem non habebit, quia injuria illi facta est. Sed, ut dixi, non impedietur in hac caussa emptor his exceptionibus, quo minus venditor vel ex empto, vel ex duplæ stipulationu possit conveniri: *d. L. vindicantem, cum duab. LL. seq. hic.* optima ratione. Improbe enim causabitur venditor emptorem, aut negligentia sua aut injuria judicis victum fuisse, eum

ipse ut emptor ita condemnaretur, perfecerit: ac per summam injuriam id quidem, cum illum defendere deberet potius, quam ab illo rem avocare. Et recte definiemus, neminem ad retentionem alicujus rei audiendum esse, exceptione doli sui utentem, aut ejus facti, quod se injuria admisisse fateatur. Arg. *L. si servus plurium*, 50. §. 1. *de leg.* 1. Quare si exceptione culpæ emptoris, aut injuriæ judicis venditor utetur, exceptio hæc doli mali replicatione elidetur. In cæteris dominis, qui rem evicerint, hoc jus valebit: ut sive quid emptori imputari possit, cur victus sit, sive injuriæ judicis adscribi, ut intelligi posset ideo illum victum non esse, quod malam caussam haberet: evictio illi non præstetur.

Sed jam hic † locus de evictione nobis complectendus est. Sive igitur emptori nondum res abducta est: sive jam abducta est, non tamen ulla judicii necessitate: sive judicio est ablata, sed non eo, quod res aliena esset; res evicta non videbitur, ut eo nomine actio emptori esse possit, quod quærimus. Tunc evicta intelligetur, eoque nomine actio illi fuerit propter evictionem, cum judicio victus ob id, quod rem per venditorem tenere non liceret, ea re cedere coactus est. 17

CAP. VI.

Parte rei evicta etiam actionem esse ob evictionem: quæ hic partes intelligendæ sint: et quatenus eo nomine actio.

SUMMARIA.

1. *Non modo evicta re tota, sed et parte rei regressum esse adversus venditorem.*
2. *Cur aliter in servo.*
3. *De singulis rebus ex hereditate vel peculio evictis nulla præstatur eo nomine actio et quare.*
4. *Evictis majoribus domus aut navis partibus præstatur ejus nominis actio, sed non pro singulis cœmentis, aut tabulis datur actio; et quæ differentiæ ratio.*
5. *Si fundus aut ancilla una cum fructibus et ancillæ partu evincatur, præstatur evictio et quare.*
6. *Quod emptioni accessit, partem esse venditionis, præstarique de eo evictionem in simplum dumtaxat.*
7. *De usufructu atque usu, omnique jure rei evicto licet partem rei non efficiant, esse tamen eo nomine actionem, et quare.*
8. *Servitutis prædiorum nomine actio ob evictionem non præstatur, nisi fundus uti liber, vel* uti optimus maximusque *esset, traditus sit.*
9. *Cur diverso jure sunt personarum servitutes,* et num. 16.
10. *Contrariis occurritur* et num. 11.
12. *Res quæ universitatis nomine continentur, sive quæ ex distantibus corporibus constant, quod attinet ad evictionem, nullas habent partes.*
13. *Partis venditæ rei definitio.*
14. *Quid sit pars corporis ejus quod uno spiritu continetur.*
15. *Quæ sint domus aut navis partes.*

Hoc quæritur, an non solum re tota evicta regressus sit emptori adversus venditorem, sed etiam si pars tantum evincatur. Quod ipsum quoque ante constituendum videtur, quam quæ evictionis nomine actio sit, consideremus. Hoc Ulpianus † ita definit in L. 1,
1 hoc titulo: *Sive tota res*, inquit, *evincatur, sive pars, habet regressum emptor ad venditorem* In quo dubitari non debet, quin cum ille generaliter definierit, id sentire intelligatur, regressum fore quavis actione, quæ nascatur propter evictionem, ut non tantum ex empto sit actio, sed etiam eo casu duplæ stipulatio committatur. Quod si cui dubium id est (nam fuerunt, qui in ejus loci explicatione negarent) certo colligi potest ex his verbis Juliani: *Vaccæ emptor*, inquit, *si vitulus, qui post emptionem natus est, evincatur, agere ex duplæ stipulatione non potest: quia nec ipso, nec ususfructus ejus evincitur.* L. vaccæ. 43. *hoc titu.* Quibus verbis innuit, si ususfructus evincatur, nempe rei venditæ pars (totum enim non esse constat) ex duplæ stipulatione agi posse. Idem non minus aperte significat Ulpianus, in *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte. de verb. obli.* cum ait, *stipulationem hanc, habere licere, tum committi, cum ususfructus aut usus evictus est. Neque enim videri habere licere ei, cui aliquid imminuitur ex jure suo.* Nam

in hac re audiendi non sunt, qui dicunt illam stipulationem habere licere, esse ejus, quod interest; stipulationem dupla non esse. Quasi vero dupla non repromittatur hac conditione, si emptori habere non licebit, eademque conditione eveniente non committatur. Quod ex infinitis locis hujus tituli sciri potest. *L.* 21. §. 1. *L.* 25. *L.* 34. §. 1. *L.* 57. *hic.* Quare si verum est, ei habere rem non licere, cui totam habere non licet: consequitur, ut parte quoque evicta duplæ stipulatio committatur.

2 Sed hoc † in homine vendito locum non habet: ut intelligere debuerint hi, qui contra sentiunt, cum hoc in homine exeipiatur, in cæteris rebus caussam diversam esse, Paulus; in *stipulatione*, inquit *duplæ, cum homo venditur, partis adjectio necessaria est: quia non potest videri homo evictus, cum pars ejus evicta est.* L. si dictum. 56. §. *in stipulatione, hic.* Si de cæteris omnibus rebus idem jus esset, satis erat dicere, in stipulatione duplæ partis adjectio necessaria est. Nunc autem nominatim adjecit, cum homo venditur. Cur ergo in homine secus, quam in aliis rebus, iis præsertim, quæ uno spiritu continentur, ut cæteris omnibus animantibus, quæ nihilo secius, quam homo sine interitu corporis dividi non possunt? Et recte, meo judicio, Bartolus reddidit hujus rei rationem, in ea *L.* 2. Est enim in servo nobis eum alio communi, quod per eum in totum nobis acquiratur sic, quasi totus noster sit: ut bis quidem casibus non recte dicatur, ne pars quidem evicta: certe perinde habeatur, quasi nec evicta sit. Acquirit enim nobis in solidum, si ex re nostra, si nostro jussu aliquid acquisierit: si eo animo, ut solis nobis acquireret. *L. servus communis, de stipul. serv.* Quod similiter in cæteris rebus dici non potest.

Hoc posito non solum re tota, sed etiam parte evicta regressum esse ad venditorem: quæ res vendita sit, et in re vendita quid partem efficiat, cognoscendum est. Hinc illæ quæstiones, an hereditate vendita, si quid ex his rebus, quæ ex bonis erant, evictum sit, venditor conveniri possit. Quæ quæstio in eo est, an id fuerit ex hereditate. Item an nave, aut domo empta, singulis cæmentis, vel tabulis evictis, evictionis nomine obligetur venditor, scilicet quasi evicta parte. Num idem dicendum sit, re vendita ac deinde evicto partu, aut fructus ejus rei? An idem de eo, quod in venditione accessit, quasi pars sit quoque venditionis. Postremo an usufructu et jure rei evicto, hæc quoque in parte rei venditæ numerare debeamus. De quibus singulis responsa exstant sub hoc titulo ad superiorem illam definitionem pertinentia. De his breviter dicendum est. Si † hereditas vendita sit, et aliquid quod hereditarium putetur, evictum fuerit: evictio emptori non præstabitur. Nam neque id hereditarium erat, quod alienum esse apparuit. Nisi vero emptor fortasse probare velit, rem fuisse hereditariam. In quo nihil aliud dicere intelligetur, nisi sibi a judice injuriam esse factam. Quam ob caussam etiam actio non dabitur. *L.* 1. *C. eod. tit.* Idem in peculio vendito dicemus, si quid postea evictum sit, quod ex eo peculio putaretur. Idem in omni alia universitate, quæ distracta sit. *L.* 4. *hoc tit.* 3

4 Nave † autem aut domo empta, singula cæmenta, aut tabulæ emptæ non intelliguntur. *L. nave, hic.* Neque enim cæmenta ædium pars sunt, nec singulæ tabulæ pars navis, ut eleganter alibi Jabolenus disputat. *L. eum qui ædes, de usuc.* Non quod cæmentis non constent ædes tanquam materia: sed aliæ sunt partes materiales aliæ quas integrales vulgo dicimus, totius jam corporis constituti partes. Materia singularum domus partium pars est: domus totius, quatenus domus est, pars non est. Fundamentum autem, parietes, tectum, hæ veræ et solæ domus sunt partes: quæ integrales dicuntur, quia integri corporis, etiam constituti partes sunt, aut ejusmodi, quæ corpus integrum faciant, et constituant. Inde autem illius totius partes esse facile probari potest. Quod si totum suarum partium est totum, et partes totius partes: his partibus inter se connexis, et conjunctis, necesse est totum illud existere suo nomine, quod si jam constitutum esset, easdem illas haberet necessario. Fundamentum enim loca, adde parietes, tectum, impone: ædes effeceris. Cum si singula cæmenta, quæcunque sunt in aliquo loco, si calcem et arenam in unum locum congesseris, ac coagmentaris: non tamen efficiatur domus, sed pyramis, aut moles, et congeries aliqua lapidum. Ex quo intelligitur, hæc per se singula domus, quatenus domus est, partes non esse. Sic in nave, singulæ tabulæ navis, quatenus navis est, partes non sunt, quia possunt conjunctæ inter se aliud totum efficere. At illæ sunt, quæ conjunctæ integram efficiunt navem, prora, puppis, sentina, antennæ, malus, vela, gubernacula, quæ constituta nave vere dicuntur navis partes: quia non quatenus ligna sunt, aut lintea, pars sunt navis; sed quatenus eum usum præbent, ad quem navis reperta est. Proinde his evictis, sicut et in domo partibus

majoribus, ex quibus domus constat, actio evictionis nomine dabitur, tanquam parte evicta. *L. Schapham. hic L. sum. qui ædes, de usucap.* Singulis cæmentis, aut tabulis evictis, non dabitur. *d. L. nave.*

De partu ancillæ, pecorum fœtu, et generaliter de fructu venditæ rei facile judicium est, non esse hæc rei venditæ partem, cum hæc ab ea re, quæ vendita est, separata sint. Quæ si pars essent, fieri, non posset, quin eodem corpore continerentur. *L. si prægnans, L. vaccæ, seq. hic.* Unde de fructibus perceptis, et partu edito loqui nos apparet. Nam fœtus quandiu visceribus continetur, pars viscerum matris dicitur, *L. 1. §. 1. de vent. in spic.* et fructus pendente pars
5 fundi. *L. fructus de rei vind.* Plane † si fundus evincatur, et una cum fundo fructus, aut ancilla, et una cum ea ancillæ partus, earum quoque rerum evictio præstabitur: *L. venditor, 8. L. evicta. 16. hic,* non quia venditæ rei pars sint, sed quod re evicta, id quod interest rem evictam non esse, præstandum est: quo id continetur, quod emptor si res evicta non esset, habere et lucrari potuisset. De iis, quæ nominatim emptioni
6 accesserunt, regula veterum † tenenda est, quod emptioni accessit, venditionis partem esse. *L. quod si nolit, §. ult. cum L. seq. de ædili. edict.* Proinde eo evicto erit ob evictionem actio, non ex stipulatione duplæ in duplum, sed in simplum tantum, idest, id quod interest, si agetur ex empto: aut simplum id, quanto propter eam rem res principalis pluris vendita est, si ex stipulatione duplæ aut simplæ agatur. *d. L. 16. hic. L. ex empto, §. si quis rem, de act. empt.* De usufructu, omnique jure rei videndum
7 est. Et quidem † usumfructum non esse ejusdem corporis partem constat, cum ipsum per se incorporale sit, res vero vendita corporalis. Sed tamen hoc evicto actionem competere, ac proinde cum is petitur, venditori denuntiari debere, ut ad defendendum adsit non aliter, quam ei, a quo pars petitur. *L. fundum. 46. L. vaccæ. 43. L. si ab emptore. 49. hic.* Idemque de usu, omnique alio simili jure Ulpianus probat. Verum enim esse, ei rem habere non licere, cui aliquid imminuitur ex jure suo. *L. stipulatio ista, §. si quis forte, de verb. obl.* Quid ergo, hæc repugnante natura partem rei esse dicimus? Minime. Sed ut partem rei non esse constat, ita juris rei, et emolumenti partem continere certum est. Inde fit, ut res ei data non videatur, neque ita tradita, ut eam habere liceat, cui usu-fructus non datur. *L. Mævius, §. ult. L. cum filius, §. dominus, de legat. 2. L. 4. de usufru.* Et sane dominium non in eo tantum est, ut rem persequi et tenere liceat: hujus multo maxima vis et pars in eo est, ut liceat re frui: quod si absit, nihil sane admodum expediat rem habere. Jam vero venditor cum rem vendit, non tenetur in id quidem, ut dominium transferat: *L. ex empto, de action. emption.* Sed tamen id præstare debet, ut rem pro domino habere liceat, ut ad plenam dominii utilitatem nihil desit: unde et evictionem præstat. *L. 2. §. ult. cum L. seq. de action. emption.* Quo fit, ut cum ususfructus evincetur, ejus emolumenti pars evinci intelligatur, quod venditum est; certe quod ex emptione tradi debuit: et quod ad rem pertinet, rem ei habere non liceat, ut Ulpianus scribit, cui in totum habere non detur.

Sed hæc de servitutibus personarum ita
sunt. *Quod ad † servitutes prædiorum attinet, si tacite secutæ sint, et vindicentur ab alio, Q. Mutius, et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem non teneri. Neque enim evictionis nomine quemquam teneri in eo jure, quod tacite soleat accedere, L. pen. hic.* Quorum verborum hic est sensus: evictionis nomine quemquam non teneri in eo jure, cum quo rem liceat tradere venditori sine periculo, si nihil aliud dictum sit. Id autem in servitute locere. Nam si fundum tibi vendiderim, neque dictum sit, liberum fore, aut *uti optimus, maximusque est,* traditus fuerit: non necesse est liberum tradere, sed qualis est, talem præstare oportet, ut iidem auctores sunt. *d. L. pen. hic. L. cum venderes, de contrah. empt.* Est igitur de evictione ejus juris hæc illorum ratio: Si dictum non est, fundum liberum fore, liberum tradere non necesse est: ergo nec libertatis imminutione evicta, venditor tenebitur. Ideo enim ob evictionem rei venditæ tenetur venditor, quia eam a principio tradere debuit. Quæ igitur
inter † hæc differentia est? Nam prædio- 9
rum jura servitutes sunt, æque atque ususfructus, usus, et habitatio. Hæc vero differentia est. Cujus enim ædes vicino prædio servitutem debent, et de jure dominii nihil imminuitur, neque ad persecutionem, neque ad utendi fruendi facultatem. Neque enim quidquam vicinus, qui servitute utitur, de re aut fructu ad se avocat, quod nomine fundi servientis habere non liceat. Nec si illi ire agere licet, id minus domino licet facere. Quod in usufructu, et usu, et habitatione secus fit. Sic enim fructuarius utitur, ut id emolumentum quod ad se trans-

fert, domino auferatur. Unde evenit, ut hoc modo rem ei habere pleno jure non liceat.

Sed suprascriptæ sententiæ de prædiorum
10 servitutibus † quædam opponuntur. Negamus ob evictionem servitutis venditorem teneri? Ulpianus in *L. stipulatio ista*, §. *si quis forte de verb. obl.* non de usufructu tantum et usu, sed de omni reliquo jure ejus, quod distractum est, ita, scribit: *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione controversiam fecerit, vel de usufructu; vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio jure ejus, quod distractum est: palam est committi stipulationem: habere enim non licet ei cui aliquid imminuitur ex jure, quod habuit.* Atqui jus esse ejus quod distractum est, servitutem prædii, negari non potest. Jam cum fundus venditur, nisi *uti optimus maximusque est* traditus sit, non necesse esse liberum tradere dicimus. Ulpianus in *L. quoties* 61. *de ædil. edict.* ita scribit: *Quoties de servitute agitur* (*agitur* autem, sic accipe, adversus venditorem ob evictam servitutem, ut sequentia declarant) *victus tantum debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.* Sed ad id, quod de omni jure rei distractæ Ulpianus scribit, sic recte videtur responderi posse dupliciter. Primum hoc modo. Quod ait, stipulationem *habere licere*, committi si quis de usufructu, aut de quo alio jure ejus, quod distractum est, controversiam fecerit: de quo alio jure rem habendi scilicet intelligendum est. De proprietate enim et possessione, et usufructu, et usu dixerat, quibus omnibus fit, ut res habeatur. Ita quod de alio jure subjicit, de jure simplici accipiendum est, per quod res habeatur. Non sunt autem servitutes hujusmodi, ut si in re insint, eo minus rem habere liceat, ut ante ostendi. Potest et hoc modo accipi: ut sit de quo alio jure, nempe quod emptor in re vendita habere debeat, et venditor tradere. Ait enim Ulpianus rationem postea reddens, *habere non licere ei, cui aliquid imminuitur ex jure, quod habuit.* Recte *quod habuit.* At profecto si quod ejusmodi est, quod venditor tradere non debuerit, si non tradiderit, nihil videtur emptori imminutum ex eo jure, quod habuit. Id enim nec habuit, nec habere debuit. Hujus autem generis est libertas fundi, quam tradere venditor non debet, si liber non fuit: neque ita traditus
11 est, *uti optimus, maximusque est.* De actione † quanto minoris quod scribit, ita accipiendum est. Servitute evicta condemnari venditorem ait, *quanto minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.* Sed addit, condemnationem hanc fieri, cum *de servitute agitur.* At sciendum est jure duobus tantum casibus de servitute evicta agi, ut recte Franciscus Duarenus noster ad priorem illum Ulpiani locum sub titulo *de verb. obligat.* annotavit, quod alios fefellit. Uno, si venditor servitutem prædio impositam scivit, et emptorem celavit, quo casu in id quod interest, venditor emptori tenetur. *L.* 1. *de act. empt.* Altero, si fundum liberum esse dixerit, et ita *uti optimus, maximusque est*, tradiderit. *L. pen. hic.* Ubi dumtaxat in id quanto minoris emptor emisset, agitur, idque ex illis verbis edicti ædilicii; *Quod si mancipium adversus ea venierit, sive adversus quam dictum promissumve fuit, cum veniret, fuerit.* Quod solum edicto hæc actio constituta est ex iis caussis, quæ illo edicto comprehensæ sunt. Alia jura civili nulla est, ut sub eo titulo ostendimus. Ex eo autem una hæc caussa est, cur agi possit: si quid dictum est, fundum liberum traditum iri, et contra factum est. Si igitur de eo nihil ab ignorante dictum est, reliquitur nullam esse caussam, propter quam agi debeat. Nisi forte quis putat fundum, qui servitutem debet, morbosum aut vitiosum dici posse, quod ridiculum est. At enim si ob id venditor, quod servitutem celavit, cum sciret, in id quod interest, condemnatur, cur ita Ulpianus definit: quoties de servitute agitur, victum tantum præstare debere, quanto minoris emptor emisset, cum ultra interdum damnetur? Et recte defendetur, cum qui dicat venditorem quoties de servitute agitur, semper præstare debere, quanto minoris res empta esse, non negare, quin aliquid amplius præstetur. Illud enim semper præstabit, hoc interdum. Sed ad rem.

Servitutes prædiorum si evincantur ab emptore: hic adversus venditorem, qui emptorem non deceperit, nec de servitute affirmarit, regressum non habet: quia nec rei venditæ, nec emolumenti partem continet. Possumusne igitur, quid sit pars definire? Sic videmur. Primum, † constat, quod rei 12
venditæ non cohæret, id ejus rei partem non esse, etiamsi aut inde natum sit, aut ad eam rem pertineat. Itaque scapham non esse navis partem, veteres responderunt, quæ per se parva navis esset, nec quidquam conjunctum cum nave haberet. *L. scapham, hic.* Et partus, fructusque ex re editos in eadem caussa esse diximus. Ex quo et de iis corporibus, quæ ex rebus distantibus constant, ut grege, facile judicari potest. Nam cum grex venditur, uno nomine collectim singula corpora vendi intelliguntur, quæ sunt gregis: cum quibus nihil

conjunctum habent, si quæ sunt, quæ, cum aliena essent, sun eo tamen grege habebantur. Unde fit, ut si evincatur nihil de grege evinci intelligatur. Idemque de hereditate vendita, aut peculio, omnique alia universitate judicandum est. Rem igitur
13 † conjunctam et cohærentem esse oportet, denique ejusmodi, ex qua res vendita constat. Nondum tamen satis. Nam præter illud genus corporum, quæ ex pluribus rebus inter se distantibus constant, etiam alia duo sunt genera, de quibus Pomponius agit in
14 *L. rerum, de usucap.* Unum † ejusmodi, quod continetur uno spiritu, ut homo, bos, lignum, lapis. Alterum, quod ex pluribus rebus inter se cohærentibus constat, ut ædificium, navis, armarium; in quibus res conjunctæ inter se, et cohærentes sunt. De iis quidem, quæ uno spiritu continentur, recte definiemus: quidquid ejus corporis est quidquid, ex quo id corpus constat, id illius corporis partem esse. Quæ autem ex diversis rebus inter se cohærentibus constant; in iis non statim ex quo ea corpora coagmentata sunt, id eorum corporum partem facit. Nam neque cæmenta, aut lapides pars sunt domus, neque tabulæ pars navis. Quid ergo est? Illæ † partes horum corporum dicendæ sunt, 15
ex quibus conjunctis efficitur, ut illa exsistant, atque ita nominentur. Exempli gratia, Partes domus sunt, quæ conjuncta faciunt, ut id totum, quod inde exsistit, domus appelletur. Navis eodem modo. Itaque his evictis, ut parte evicta, emptor ad venditorem regressum habebit. Sed est in re vendita, quod præter rem tradi debeat. Idest jus rem pro domino habendi, tenendique. Hujus † 16
juris pars si quæ evincatur, necesse est etiam ob eam caussam actionem esse de evictione adversus venditorem. In hoc numero proprietas habetur, possessio, usufructus, usus et habitatio, quæ emolumentum rei continet.

CAP. VII.

Quæ actiones sint evictionis nomine, et quid his contineatur.

SUMMARIA.

1. *Actio evictionis nomine duplex et quæ.*
2. *Actio ex empto quid persequatur.*
3. *Nomine ejus quod interest quid hæc actio amplectatur, non una specie explicatur.*
4. *Actio hæc Emptori competit.*
5. *Num et uxori oblato per hoc judicium non sibi, sed marito fundo quem emptum dederat ei in dotem.*
6. *Num et patri evicta simili modo dote filiæ.*
7. *Qui emptam rem donavit alteri cui sit evicta, non potest evictionis nomine convenire venditorem: et quid ita.*
8. *Competit hæc actio adversus venditorem.*
9. *Quis vendidisse dicatur: hoc quale sit duplici proposita specie declaratur.*
10. *Item competit adversus venditoris heredes.*
11. *Duplæ stipulatio quid commune habeat, quid proprium cum actione ex empto.*
12. *Dupli ratio ex pretio dicto æstimatur.*
13. *Evicta rei parte in quam pretium nullum dictum est, quando pro rei quantitate et modo, et quando pro rei bonitate aut vilitate fiat æstimatio.*
14. *Quo ex tempore ineunda æstimationis ratio in stipulatione duplæ.*
15. *Quid diversum obtineat in actione ex empto* et num. 2.
16. *Stipulatio dupli aut simpli, quotiescumque promissa est, peti judicio poterit, et non alias.*
17. *Quod stipulationis dupli vel simpli commoda atque usus et* n. 22.
18. *Quæstio, ejusque duplex species proposita.*
19. *Superioris quæstionis hæc definitio; fundi parte evicta pro indiviso, nihil amplius evictionis nomine præstandum quam quod evictum est ex eo quod fuerat antea venditum.*
20. L. ex mille 64. D. hoc tit. *interpretatio per tot.*
21. *Si totus fundus, quem flumen antea deminuerat, evincatur: fundi integri qualis in venditione fuerat evictio præstatur; et quæ hic* in toto *diversitatis ratio.*
23. *Fundi venditi et deinde aucti per alluvionem parte pro indiviso evicta, fundi tantum venditi non aucti præstatur evictio.*
24. *Quid si venditus fundus ex una parte deminutus, ex parte altera æqualiter auctus, evincatur item ex parte pro indiviso.*

Quoniam ergo quid esset evictio, et qui-
bus rebus evictis actio adversus venditorem
esset ob evictionem, expositum est; reliquum
est, ut quæ eo nomine et in quantum actio
1 sit, cognoscamus. Actio † evictionis nomine
duplex; una ex empto, quæ sive quid de evi-
ctione promissum est, sive non est, semper
judicii potestate et natura continetur, *L. ex
empto, de act. empt.* Altera est, ex stipula-
tione duplæ certi condictio, ubi stipulatio ea
interposita est, aut simplæ, quibus in caussis
eam tantum stipulari possumus: ut si stipu-
latio interposita est, liceat alterutra actione
experiri. *L. si tibi, C. eod. tit. L.* 18, *et L. seq.
hic.* Sed huic tantum, ut dixi, locus est, cum
stipulatio nominatim interposita est. Illa tum
maxime, cum nihil convenit. De qua prius vi-
2 deamus. De hac † sic Paulus hoc tit. in L. evi-

cta, 70. *Evicta re, ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit.* Ad id *quod interest*, sic accipe: quod interest, rem evictam non esse. *L. cum successores, C. eod. tit.* Unde ibidem sic Paulus infert: *ergo etsi minoris esse cœpit, damnum emptoris erit.* Recte. Nam si res minoris esse cœpit, ac deinde evicta est, dici non potest quidquam amplius propter evictionem abesse, quam quod supererat, et evictum est. Quod autem deminutum est, abest illud quidem; sed casu abest, non quia res postea evicta sit. Denique etsi evicta non esset, illud idem nihilominus emptori abesset. Nunc autem quod ante deminutum est, nec evincitur, venditor non præstat. Emptoris enim damnum est. Ita de eo, quod restat, non quanti venditum est, sed quanti ea res est, id-

est, quanti interest emptoris id evictum non
3 esse, venditor tenetur. Est autem † id quod interest emptoris, quod illi abest, quodque lucrari potuit. *L. si commissa, rem rat. hab.* Quibus verbis non pretium, ut dixi, continetur, sed quanti res valuit. Ac fieri potest, ut pluris fuerit, quam vendita est. Id autem haberet emptor, si res evicta non esset: ac proinde etiam hoc actione præstabitur. *L.* 1. *de act. empt* his verbis, etiam si quid præter rem habere potuit emptor, continebitur; veluti fructus rei, ancillæ partus, et si quid per servum acquiri potuit, cujus occasio acquirendi delata esset, *L. venditor, hic.* Hinc si duos servos quinis a te emerim, et eorum alter evincatur, nihil dubii fore Africanus respondit, quin recte ex empto eo nomine acturus sim, quamvis alter decem dignus sit. *L. si duos hic.* Atqui, dixerit aliquis, nihil mihi abest, cum decem tantum impenderim, quæ nunc mihi restant, quamvis altero evicto. Sed, ut dixi, id quod nostra interest persequitur hæc actio, in quo non quid nobis absit, sed quid habere potuerimus, si res mansisset, æstimandum est. Quid, si post evictionem rei, quam dominus abduxit, venditor eandem rem post tempus offerat? Quo minus præstet, quod semel emptoris interfuit, non recte defendetur. *L. emptori.* 67. *hic.* Actionem enim illi semel quæsitam, nisi solvendo non potuit auferre. *L. ult. de pact. L. habere.* 57. *hic.*

4 Hanc † actionem emptori competere certum est. *L. ex empto, de act. empt.* nempe ei, a quo res judicio evicta est. Quid ergo, si ab eo, evicta non est; sed ab eo, in quem ipse post emptionem transtulerat?
5 Quæ quæstio a Pomponio tractata est in † ea muliere, quæ fundum in dotem dedit, quem emerat: deinde is a marito per judicium ablatus est. *L. si pro re,* 22. §. 1. *hic.*
6 Eadem agitata est a Paulo † in patre, qui fundum filiæ nomine in dotem dederat: qui deinde a marito evictus est. *L. pater, hic.* Et placet in utraque specie statim emptorem ob evictionem agere posse. Mulierem in priore quod ea evictione desineret dotem habere, quam alioqui haberet. Patrem in posteriore, quia etsi re vera dos ipsius esse non tam dici possit, quam filiæ, præsertim ubi ea emancipata est: tamen ut esse interpretemur, paterna affectio inducit: qua efficitur, ut dotem habere videatur, quam filia habeat; et contra ea carere, cum filiæ adempta est, quod laboraturus sit pater ea adempta, ut aliam quærat filiæ. Ex quibus colligitur, re alii ablata, in quem ab emptore translata erat, sic emptori actionem ob evictionem competere, si etiam emptori ipsi evicta videbitur. Id ita fieri, si sic eam alienavit, ut nihilominus adhuc suam possit dicere. Quod accidit, cum res ab illo in dotem data est sic; ut dotem eam sibi posset vindicare, ut iis casibus, quos supra commemoravi. Quod si ita est: fit, † ut si ita tran- 7
stulit, ut sibi nihil juris in ea retineret, ea evicta non possit agere. Nisi forte is, a quo evicta est, regressum adversus ipsum habuerit, quia vendiderat, isque deinde ad venditorem regrediatur. Ita si fingas, emptorem rem emptam alicui donasse: deinde aliquis eam a donatario evincat, qui adversus donatorem regressum non habet; emptor venditorem ob evictionem convenire non poterit. Huic enim nihil aufertur propter evictionem.

Adversus † venditorem autem hanc actio- 8
nem esse constat: cum hoc enim contractum
est. Unde non una † in specie dubitatum est. 9
quis vendidisse videretur. Quo in genere illa quæstio est apud Scævolam tractata, de qua in *L. quidam,* 12. *hic.* Quidam ex parte heres institutus universa prædia vendidit, et coheredes pretium acceperunt: evictis his, quæritur, an coheredes empto actione teneantur? Quæstio in eo est, an ipsi intelligantur vendidisse. Respondet Scævola, *si coheredes præsentes adfuerunt, nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.* Unde scilicet voluit intelligi, actione ex empto eos ob evictionem teneri. Nam id quæsitum erat, an hac actione, re evicta, tenerentur. Sed quod ait, *si coheredes affuerunt, nec dissenserunt, videri vendidisse,* non sic accipiendum est: quasi ad consensum coheredum probandum satis sit illos affuisse, cum res eorum venderentur, nec dissensisse. Placet enim, et recte, neminem, quia scit rem suam, aut ad se pertinentem vendi, aut alienari, et patitur, ideo alienationi consentire videri, cum sciat jus suum durare, *L. sicut,* §. *non videtur, quib. mo. pig. vel hyp. solvit.* Sed in specie proposita coheredes posuerat pretium accepisse. Quod cum constaret: respondit, si etiam præsentes affuissent, nec dissensissent, vendidisse videri: non quod affuerint tantum, sed quod pretium acceperint: quod nullo jure ex venditione habere potuerunt, nisi prius venditionem valere vellent. Eodem ex genere illa quæstio est, si pignora venierint per apparitores prætoris extra ordinem sententiam exsequentes: re evicta in quem actionem demus. Nam adversus apparitores nemo dicet: quippe qui munere tantum vendendi functi sunt, nihil autem suum hic vendiderunt, neque pretium ad illos ex ea venditione pervenit. *L. si pi-*

gnora, hic. Adversus debitorem qui pretio liberatus est, an dari debeat, ideo dubitatur, quia non vendidit, cum eo invito res distractæ sint. Sed constitutum est, adversus eum dari debere, cui solutio proficit. *L. si ob caussam, C. eod. tit.* Nec immerito: ne si minus vendidisse existimatur, ipse tantum per occasionem ejus divenditionis ex aliena jactura locupletior fiat. *arg. L. rescriptum, §. 1. de distr. pignor.* Unde fit, ut is non in id quod interest emptoris rem evictam non esse, sed de pretio dumtaxat quod ad eum pervenit, conveniri debeat, *si plus, antep. §. 1. hic.* In hoc genere et illud de facto tutoris quæsitum est, si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta, utrum in eum, cujus tutela gesta est actio, danda sit. *L. 4. hic.* Sed magis illius loci quæstio est, in quo quæritur in universum, quando ex facto tutoris pupillus conveniri possit, *sub titul. quand. ex fac. tut.* Non solum autem adversus
10 venditorem hæc actio est, sed etiam † adversus heredes venditoris. *Nec mirum,* inquit Ulpianus, *ut evicto homine, de evictione teneatur heres, quamvis defunctus non similiter fuerit obstrictus: cum et aliis quibusdam casibus plenior adversus heredem vel heredi competat obligatio, quam competierat defuncto, ut cum servus post mortem emptoris heres institutus est, jussuque heredis emptoris adiit hereditatem. Nam actione ex empto,* inquit, *præstare debet hereditatem, quamvis defuncto in hoc tantum fuerit utilis ex empto actio, ut servus traderetur. L. si per imprudentiam, 51. §. non mirum hic.*

De actione ex stipulatione duplæ videndum est. Ea est, ut dixi, certi condictio. In
11 hac † cætera cum actione ex empto communia. Nam et emptori competit, re evicta, et adversus venditorem, heredesque venditoris. Illud proprium, quod hæc quantitatem certam persequitur: illa incertam, nimirum quod interest, quod interest, quod emptoribus et personis, et locis, et negotiis vario mutari potest. Petit igitur duplum hæc actio.
12 Quid † dupletur, videamus: ipsane rei æstimatio, quanti res valuit, an ipsum pretium idest, quanti res vendita est. Et nimirum pretium ipsum duplatur, quandiu id certum est; non rei æstimatio et bonitas. Idque colligitur ex his Pauli verbis, quæ exstant in *L. si fundo. 53.* hoc titulo: *Si fundo tradito*, inquit, *pars evincatur, si singula jugera venierint certo pretio: tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fuerunt, præstandum: etiam si ea quæ meliora fuerunt, evicta sint. Quod de parte dicit, multo magis de toto dicendum est, quod semper certo pretio emptum constat.* Itaque de toto evicto nulla dubitatio est. At cum pars † evincitur, in quam pretium dictum 13 non est, nimirum hic exsistit dubitatio, quatenus partem evictam æstimemus, ut eatenus evictio præstetur. Et exstat Ulpiani in *L. 1. hoc titulo,* et Papiniani in *L. ex mille,* distinctio in hanc sententiam: ut si pars fundi pro indiviso evicantur, pro quantitate evictæ partis, et modo sit regressus. Si certus locus sit evictus, non pro modo, sed pro bonitate regionis regressum habeat emptor ad venditorem. Exempli caussa, quinta pars fundi evincitur pro indiviso. Pro eadem portione pretii, id est quinta, erit actio adversus venditorem, ejusque rei actio in duplum ex duplæ stipulatione. E diverso vinæ ducenta jugera, silvæ ceduæ pratorum evicta sunt. Pro bonitate loci erit regressus. Si erit pretiosissimum, quod evictum est, quanti est, tanti æstimabitur, quamvis cætera, quæ relinquuntur, multo minoris sint. Si erit vilissimum, non pluris æstimabitur, quam quanti fuerit. Differentiæ illa ratio est, quod cum pro indiviso totius fundi pars evincitur, nihil potest dici pretiosius, aut vilius cæteris partibus esse evictum, cum ea pars per omnia quæcumque aut vilia, aut pretiosa, aut mediocria sunt in eo fundo, æqualiter fusa sit. Id in parte certa, quæ a cæteris partibus regionibus et locis distincta est, dici non potest. Sed cur in hac quoque parte modus et quantitas non computatur, ut sit pro modo et quantite partis evictæ regressus sit potius, quam pro bonitate? Quia cum res sit cæteris multo pretiosior, quæ evincitur, quam cæteræ, quæ manent: absurdum est, non pluris eam, quam cæteras æstimari; aut cum erit vilissima, iniquum tanti æstimari, quanti, quæ in alia parte fundi pretiosissimæ relinquuntur. Hoc autem, ut dixi ideo sic æstimatur, quia pretium aliud singularum partium constitutum non est. Quod si singula jugera venierint certo pretio: commutata ratione fit, ut jam non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fuerunt, evictio præstetur. *d. L. si fundo, hic.* Illic enim cum de pretio nihil dictum est, ad conjecturas voluntatis recurrendum est: In re certa et æstimatione contrahentium nullus est conjecturæ locus *Arg. L. continuus, §. cum ita, de verbor. oblig.*

Cum autem de bonitate æstimanda agetur ob id, quod pars certa evicta est, meminisse oportebit † bonitatis æstimationem 14 faciendam, quæ fuisset venditionis tempore non eum res evinceretur: aut si quid forte

de eo, quod alluvione accessit, præstando convenisset. idque evinceretur: tempus, non quo evincitur, nec quo res vendita est (nam tum alluvio non erat) sed quo accessio facta est, inspiciendum. *L. bonitatis* 13. *cum duabus LL. seq hic.* Atque hæc ita, si de actione ex stipulatione agetur, qua duplum aut simplum evictionis nomine persequimur. Nam
15 si † ex empto agatur, jam ante diximus, non qualis res fuerit, cum venderetur, esse spectandum; sed qualis tunc, cum evincitur, ut aut emptoris damnum sit, si deminuta sit, aut lucrum, si aucta fuerit. *L. evicta*, 70. *hic.*

16 Ut † dupla peti poterit quibus in caussis eam stipulati sumus: ita ex stipulatione simplæ in omnibus caussis, cum eam stipulati erimus, agi poterit. Nihilque inter hæc, nisi summa pecuniæ, quæ petitur interest. Sed cum liceat ex empto agere, quæ actio non pretium tantum, sed id, quod interest, persequitur, quod multo plus interdum continet: nullum operæ pretium facere nos aliquis existimabit, si de stipulatione simplæ laborabimus, cum actionem ex empto
17 habeamus. Hic si quis † erit, cui id videatur, admonendus nobis est, etiam si ad duplam, addo ad simplam, stipulari non liceret; non parvam tamen utilitatem in eo esse si quis hoc tantum stipulatus sit, rem sibi habere licere. Nam si fundus magna ex parte imminutus erit, aut deterior factus, isque deinde evincatur, si ex empto agatur, quod periit, non æstimabitur: idemque fiet in actione ex stipulatione si pars ejus fundi evicta fuerit. Quod si totus fundus evincatur, ex stipulatione, si agitur jure, non imminuetur evictionis obligatio, ut Papinianus scripsit, de quo mox videbimus. Cætera igitur hucusque expedita, quæ sunt in actione duplæ, aut simplæ, tam toto, quam parte evicta; idque sive pars pro indiviso evicta sit, sive pro diviso.

Unum etiam restat, quod nobis explicandum est. Nam cum diximus, cum pars pro indiviso evicta est, evictionem pro modo partis evictæ ad rationem totius fundi, unde evicta est, præstandam esse; fieri autem possit ut minor fundus, aut major post venditionem efficiatur, unde pars deinde pro indiviso evincitur: quæstionis † 18
est, sive deminuto postea fundo, sive aucto alluvione, pars ejus aut quinta, aut quarta evincatur: ecquid evictio præstanda videatur pro modo agri, qui nunc est, an pro eo, qui olim fuit. Majorem enim aut minorem esse portionem necesse est, prout ex hoc aut illo modo evictam esse constituerimus. Finge ex mille jugeribus, quæ tradita fuerant, ducenta flumen abstulisse. Quartam deinde ex fundo, qui reliquus est, evitam esse: an hæc pars sic accipienda erit, quasi de octingentis, quæ nunc sunt, evicta sit, an quasi de mille, quæ fuerunt, cum fundus tradebatur? Finge e diverso mille jugeris ducenta alia accessisse, deinde ex his quintam partem totius evictam esse. Censesne pro pro modo, qui nunc est, præstabitur evictio, an pro eo, qui fuit, cum fundus venditus est, quasi de mille tantum hæc quinta evicta sit? Est hæc quæstio subtiliter cum primis, et acute a Papiniano tractata sub hoc titulo, in eo responso, cujus initium est, *ex mille*. In quo ille diversis casibus imminutionis, et incrementi propositis, quid velit, complectitur. Difficilius tamen, quia brevius et subtilius. Id nos, quod lumen in primis desiderare videtur, et ad hanc quæstionem pertinet, breviter explicare conabimur.

Ad L. ex mille. *De evictionibus.*

Cum pars fundi pro indiviso evicta est, pro modo partis evictæ evictionem præstandam esse convenit. Utrum pro modo agri, qui nunc est, ut dixi, cum evincitur, an qui tunc fuit, cum venditus est, si forte vel casu imminutus, vel auctus fuerit, quæri-
19 tur. De hac quæstione † Papiniani in hoc responso sententia, ad quam ejus exempla referri debeant, mihi esse hæc videtur. Aucto fundo, si quæ pars per indiviso, puta tertia, quarta, quinta evincatur, nihil amplius præstandum, quam pro ea parte, quæ futura esset, si modus agri mansisset, qui venditus est. Solum enim rei venditæ, non accessionis periculum præstandum. Quod si fundus imminutus esset, e converso dicendum esse, evictionem non nisi pro modo fundi præstari debere, qui nunc esset, non qui olim fuit: non quod evictio præstanda non sit; sed quia quod periit, casu amissum esset, evictum non esset. Ex hoc ita, si pars fundi evicta esset, non fundus totus. Fundum enim quamvis deminutum, eum fundum videri, qui venditus est. In summa autem id totum præstandum esse, quod evictum est, modo id venditum fuerit: si quin evictum

non sit, quamvis sit amissum, non amplius præstandum, quam quod evictum est. Ait
20 Papinianus: † *Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulerat: si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta præstabitur. Nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.* Pro parte quinta, inquit, non quarta duplæ stipulatio præstabitur. Hoc quid sit, parum liquet. Si pro parte quinta octingentorum, quæ supererant, intelligit, absurdum est: si pro parte quinta mille jugerum, aut ineptum, aut alienum. Ducentis ablatis octingenta superfuerunt. Ex his postea ducenta evicta sunt, nempe octingentorum quarta pars. Cum quarta pars evicta sit ad ducenta, dicere evictionem ad quartam tantum partem præstari, idest, ad centum sexaginta, hoc vero non tam iniquum, quam absurdum videtur. Nam cur non id præstetur, quod evictum est, nulla ratio omnino afferri potest. Rursum si evictionem pro quinta parte mille jugerum præstandam dicimus, quia ducenta, quæ evicta sunt, mille jugerum quintam partem faciunt, non quartam: est hoc quidem æquum: et prorsus ita statui debuit. Sed videamus, ne hoc in proposito inepte dubitetur, an quarta pars potius mille jugerum, quam quinta præstetur, atque ita non conveniat hæc quæstio responso Papiniani, qui hoc præcipue quærendum putavit, utrum pro parte quarta evictio, an pro parte quinta præstaretur. Etenim cum ducenta mille jugerum quinta pars sint, nemo juste dubitaret, cum quinta pars tantum evicta sit, quin quinta evictionis nomine, non quarta præstari deberet. Nam si quid evictionis præstandum est, id præstetur, quod evictum est. Amplius an præstandum sit, quid potest esse caussæ, cur ambigatur? Quod si quis faceret, is potius ad regulas juris notas remitteretur, quam responso Papiniani indigeret, et tali, in quo Papinianus ne novi aliquid dicere videretur, rationem in primis responsi sui sibi addendam putavit. Quid, si hæc sententia rationi Papiniani contraria est? Papinianus cur evictio pro parte præstanda sit, rationem reddidit: *quia quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.* Ergo hoc vult, aliquid in hac specie emptori periisse. Si ducenta emptori evicta sunt, ducenta quoque præstari volumus: quod tandem in eo quod periit, emptoris damnum esse potest? De quibus breviter respondebimus: neque adeo explicatu difficilia sunt. Jam primum non esse hoc sic intelligendum, ut pro parte quinta octingentorum evictio præstetur, confectum puto. Ut enim emptori nihil amplius præstetur, certe quod evictum est, ut minimum præstari debet. Si ducenta evicta sint de octingentis, quæ supererant: etiam ducentorum nomine evictio præstabitur sine dubitatione, non centum sexaginta tantum. Itaque hoc etiam restat, ut pro quinta parte præstari, sic accipere debeamus, pro parte quinta mille jugerum, quæ vendita erant, non pro quarta: ut sit sensus, evictionem ducentorum præstari, quæ sunt quinta pars mille jugerum; ducentorum quinquaginta, quæ pars quarta sunt, non præstari. Quod autem contra disputatur, inepte hoc dubitari hoc casu, an pars quarta præstari debuerit: item ab hac sententia rationem Papiniani abhorrere: recte utrumque diceretur, si hunc, qui ducenta emisse proponitur, nihil amplius quam ducenta in eo fundo, qui mille jugerum fuit, habuisse fingeremus. Sed intelligendum est, eum partis quartæ totius fundi dominum fuisse, et in eo non ducenta tantum, sed ducenta quinquaginta habuisse. Ex quo ambigendi caussa, ut paulo post intelligetur. Verum hoc loco nobis occurritur. Quis enim concesserit, cum eum, de quo quæritur, ducenta evicisse proponamus, neque quidquam præterea addatur, non ducenta tantum, sed ducenta quinquaginta in fundo habuisse? hic vero plerique hærent. Nam hoc fingere et divinare tantum ea gratia, ut te expedias, non quod id in re esse Papinianus proponat, admitti non putant oportere. Recte, si hoc ita esse divinaremus; non ex verbis ipsis Papiniani facile intelligeretur, si quis modo attendat. Etenim si ducenta tantum in toto fundo, id autem esse, si quintam partem actor habuisset: ducentis jugeribus pro indiviso amissis pars quinta, quæ in illis ducentis ejus fuisset, ipsi quia dominus esset, periisset. Ea est autem ad quadraginta. Et simul necesse esset in octingentis quæ supersunt, eandem portionem illius manere, quæ in toto fuerat, nempe quintam. Octingentorum autem quinta pars non ducenta sunt, sed centum sexaginta, quæ ille nunc tantum recte evinceret. Nunc cum Papinianus ponat ex octingentis, quæ supererant, ducenta esse evicta, idest, ex octingentis quartam partem: facile ostendit, eum, qui jure id fecerit, in mille quoque jugeribus quartam partem, idest, ducenta quinquaginta habuisse. Hinc ergo, ut dixi, ambigendi caussa, an pro ea parte, quam se actor in toto fundo habere docuisset, nempe quarta, evictio præstaretur; an potius pro ducentis, idest, quinta parte mille jugerum: quando hæc solum revera evicisset. At cur dubitaremus, dicet aliquis, an pro ducentis quinquaginta evictio præ-

staretur, cum ducenta tantum evicta sint? Quid enim ad rem pertinet, actorem ducenta quinquaginta habuisse, si ducenta dumtaxat evicit? Nihil sane, si de ducentis tantum egisset. Sed animadvertendum est, eum, qui de octingentis ducenta, idest, quartam octingentorum partem abstulerit, ut id faceret, necesse habuisse ostendere, quartam in toto fundo suam fuisse, idest, ducenta quinquaginta. Quod ni faceret: quomodo vinceret se in octingentis, quæ supersunt, quartam reliquam habere? Cum hoc ipse probaverit: eadem opera sententia judicis declaratum est, et ducenta ipsum in his octingentis, et quinquaginta in illis ducentis quæ perierunt, habuisse: eaque ducenta in ea caussa fuisse, ut si exstarent, quinquaginta de his restitui deberent. Quod cum ita sit, idque adeo judicio certum esse cœperit: etsi restituta non sunt, pro evictis tamen haberi debuerunt. Nunc hoc in hac re plane confirmare voluit Papinianus quamvis judicio rem alienam esse constaret, eaque periisset; tamen nihil amplius, quam quod evictum esset judicio, evictionis nomine præstari: si quid periisset casu, id damnum emptori; non venditori afferre oportere. Venditori autem damnum afferret, si tanquam eo evicto evictionis nomine teneretur. Ait Papinianus: *Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio: non magis, quam si incuria fundus, aut servus traditus deterior factus sit. Nam et ex contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Ex mille jugeribus traditis, ducenta flumen abstulit, deinde ducenta pro indiviso evicta sunt. Sic evictio præstabitur, ut quod periit, damnum emptori
21 afferat. Hoc Papinianus initio dixit. Id ✝ secus esse docet, si totus fundus postea evincatur, id est, tota octingenta jugera, non enim octingentorum tantum jugerum, quæ superant, evictio præstabitur, sed mille jugerum, denique totius fundi, quia fundus evictus est. Atqui fundus nihil jam nisi octingentorum jugerum erat, amplius igitur præstari iniquum est. Recte Papinianus, et subtiliter huic objectioni occurrit. Verum est fundum, ut nunc fuit, octingentorum tantum jugerum fuisse; sed is ipse fundus erat, qui venditus est: fundus enim quamvis deminutus, idem fundus est, qui fuerat; quemadmodum, inquit, si fundus, aut servus incuria deterior esset factus. Et sane hic observandum est, non actione ex empto, sed ex stipulatione duplæ agi. Si ex empto agatur in id quod interest: amplius quam quod fuit cum evictum est, consequi emptor non potest: quia nihil amplius illi abest propter evictionem, idest, nihil amplius ejus interest. At cum ex stipulatione agitur, hoc solum spectatur, an exstiterit stipulationis conditio. *L. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.* Conditio hæc fuit, si fundum habere non licebit, duplam eo nomine dare spondes? Ea tunc exsistet, cum fundus totus evictus erit. Quod nunc accidit: fundus enim is, qui venditus erat, totus evictus est, non ex parte. Committetur igitur in solidum stipulatio. Nec ad rem pertinet, quod fundus diminutus fuit. Quantus enim sit, non quæritur. Hoc quæritur, ut dixi, an is sit, qui venditus est, et an is totus evictus fuerit. Argumento est certissimo, quod si servus venditus evincantur, quamvis deterior factus: nemo tamen dixit ideo deminui evictionis obligationem. Neque vero juste postulaverit venditor, ut hoc casu deminuatur obligatio: quoniam si fundus auctus esset, et sic evinceretur, non præstaret idem, quanto melior factus est. Id significat illis verbis. *Nam et ex contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Verum hic etiam ille scrupulus restat. Nam si parte evicta, quod periit, damnum emptori attulit, ut ipse ante scripsit: cur toto evicto hoc jus commutet, cum utrobique idem, perierit? Quin potius igitur generaliter hoc definitur: quod periit, damnum emptori, non venditori attulisse, sive pars, sive fundus evincatur, cum detrimenti eadem ratio sit? Sed longe diversa in utroque ratio est. Nam, cum fundus evincitur, nihil hic, nisi fundus evincitur. Recte igitur sic colligetur: fundus is evincitur, quem emptor habuit, et is quidem, qui venditus est: nimirum et ejus fundi evictio præstabitur. Nec dici poterit, quod periit, damnum venditori, non emptori attulisse, contra supra scriptam Papiniani rationem: quia in hac evictione id solum spectamus, quod exstat, non quid particulatim deperierit: fundus enim totus evincitur. At cum pars evincitur, non potest nisi de eo quod periit, evinci emptori nihil potest, cum id jam nec possideat emptor, nec dolo malo desierit possidere. Eo fit, ut si nihil aliud præstandum sit, quam quod evictum est, ea solum pars præstanda sit, quæ de octingentis, quæ supererant, evicta est: illorum autem ducentorum, quæ ante amissa sunt, nulla ratio habeatur, quia inde nihil evictum sit. Atque hic illud ✝ notandum est, quod antea 22 monueram, quid referat vel simplum evictionis nomine stipulatum esse, aut simpliciter rem habere licere, ut maxime duplæ stipulatio nulla sit: eum si ex empto tantum agamus in id, quod nostra interest, si quid

de fundo periit, damnum emptoris futurum sit: *L. ericta*, 16. *hic*, in actione ex stipulatu non item. Quod jam sequitur in versiculo, *Quod si modo terræ integro*, planum est. Mille jugeribus traditis integris ducenta per alluvionem accesserunt. ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta est. Totum fuit mille ducentorum jugerum: horum quinta pars est ducenta quadraginta jugera. De evictione quæritur, an pro totidem jugeribus
23 evictio præstetur. Ait Papinianus † perinde partem quintam præstari, ac si de mille jugeribus, quæ tradita sunt, ea pars evicta esset. Ea autem esset ad ducenta jugera. Sic pro ducentis tantum, id est, pro modo, qui olim fuit, evictio præstabitur. Cur ergo eorum, quæ accesserunt, evictio nulla est? *Quia*, inquit, *alluvionis periculum non præstat venditor*, sed rei tantum venditæ. Et recte: hanc enim solum habere licere promisit.
24 Deinde hanc † quæstionem introducit: *Quæsitum est, si mille jugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, et postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur*. De hac quæstione priusquam Papiniani responsum subjicimus, animadvertendum puto, mistam esse ex superioribus quæstionem. Ex parte enim ducenta perierunt, ex parte alia ducenta accesserunt. Quod ad illa attinet, quæ perierunt, jam ex superioribus pro certo habendum est, illa emptori periisse. Itaque illis remotis, sic res haberi debet, quasi octingenta sola sint, quibus deinde ducenta accesserint. Ex his ducenta evicta sunt. De evictione quæritur, quid ex octingentis, quæ vendita sunt, deducatur: quod ex ducentis, quæ accesserunt, considerandum est. Et manifestum est, si separatim ducenta pro portione ex his detrahantur, ex octingentis venditis, centum sexaginta, nempe quintam partem decessuram: ex ducentis, quæ accreverunt, quadraginta. hoc est, quintam quoque partem ducentorum, quæ summæ conjunctæ ducenta efficiunt. Si de evictione jam quæratur, ex superiore exemplo judicandum est. Scilicet centum sexaginta, quæ ex octingentis decesserunt, præstabuntur. Evicta sunt enim ex iis jugeribus, quæ tradita sunt. Quadraginta illa reliqua nequaquam præstabuntur, quia non de octingentis. sed pro portione ex ducentis illis, quæ alluvione accesserunt, detracta sunt. Alluvionis autem periculum non præstat venditor. Vide igitur, quid Papinianus respondeat: *Dixi* inquit, *consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine: sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta*. Quid reliqua quadraginta, quæ desunt ad ducenta perficienda, unde deducuntur? *Reliqua quadraginta*, inquit, *quæ de universo fundo decesserunt, pro rata novæ regionis esse intelligi?* Idest, de nova regione, quæ accessit, hæc quadraginta pro rata decesserunt. Horum autem, quæ accesserunt, jam diximus periculum venditorem non præstare. Recte igitur, hoc dicit quod respondet, superioribus esse consequens. Quod ait, ut neque pars quinta mille jugerum debeatur, id caussæ est, quia cum ducenta jugera periissent, ex iis, quæ supererant, non possit dici quintam de mille evictam esse. Quod subjicit, ut neque quarta debeatur, sic accipiendum est: neque pars quarta octingentorum: quarta autem octingentorum ad ducenta est. Et id rursum hanc rationem habet, quod quanquam ducenta evicta sunt, quæ si ad ducenta conferantur, quartam ducentorum efficiunt: non tamen tota ex octingentis, sed pro rata novæ portionis evicta intelligi debent.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

IN TITULUM DE USURIS ETC.

ET SEQUENTEM DE NAUTICO FOENORE.

CAP. I.

De usuris.

SUMMARIUM.

1. *Accessiones quid sint.*
2. *Quid* usura, fœnus, sors.
3. *Usura an sit quod sorti accedit non in pecunia numerata, sed in alia specie.*
4. Antichresis *quid sit.*
5. *Usura non est, nisi quod exigitur pro usu pecuniæ, vel alterius generis, quod mutuum dederis.* et n. 8.
6. *Usuræ vicem fructuum obtinent.*
7. *Speciei debitæ usuræ nunquam præstantur, nisi ejus æstimatio debeatur.*
9. *Usuræ a veteribus philosophis improbatæ, et quare.*
10. *Differentia mercedis, aut pensionis, quæ solvitur pro re locata, et usuræ.*
11. *Id, quod interest, lucri amissi, damnive accepti nomine juste accipitur.*
12. *Usuræ jure Romano permissæ.*
13. *Propositum Auctoris.*
14. *Partitio operis.*
15. *Usuræ jure Romano in omnibus caussis debentur, si in stipulationem deductæ, et certæ sint.*
16. *Citra stipulationem deberi possunt in bonæ fidei actionibus: non in actionibus stricti juris, etiamsi pacto ex continenti interposito promissæ fuerint.*
17. *Excipitur* I. *fiscus cui ex omnibus contractibus usuræ etiam citra conventionem debentur.*
18. *Excipitur* II. *civitas, cui pecuniæ creditæ usuræ debentur etiam ex nudo pacto: pecunia vero ex pollicitatione debita, post moram etiam sine conventione.*
19. *Difficultas removetur.*
20. *Pollicitatio reipublicæ facta distat a liberalitate.*
21. *Ex nudo pacto debentur usuræ* I. *trajectitiæ pecuniæ:* II. *in mutuo aliorum generum præter pecuniam*, et n. 22.
23. *Dubitatio, et solutio.* et n. seq.
24. Nudum pactum *quam varie dicatur.*
25. *De usuris rei judicatæ.*
26. *Usuræ nudo pacto promissæ nec solutæ repetuntur, et per retentionem pignoris exigi possunt*, et seqq.
28. *Pignus etiam pro naturali obligatione tenetur.*
29. *Solutio per plures annos continuata quoq.*

vim habeat. Exponitur L. si certis annis, 28. C. de pact. L. creditor, 7. C. de usur. et L. cum de in rem verso, 6. D. eod. *et n. seqq.*

31. *Vulgaris ea de re Interpretum sententia refertur, atque refellitur*, et n. 32.

33. *Sententia Auctoris.* et n. seqq.

34. *Publicatis bonis patrisfamilias, excipitur peculium filii, et dos filiæ.*

35. *Quam vim habeat hæc conditio*, si pecunia sua die non solvatur. *Quid, si nemo fuit, cui solvi posset. Quid, si debitor moram aliquando fecerit*, et seqq.

40. *Usuræ in bonæ fidei judiciis post moram debentur etiam citra conventionem.*

41. *Ejus tamen pecuniæ, quæ propter aliam rem debetur, nisi hujus rei præstatio antecesserit, usuræ non debentur.* et seqq. *ubi exempla.*

45. *Tutor qui pecuniam pupilli vertit in usus suos, et similiter administrator, usuras præstat etiam citra moram.*

46. *Legatorum et fideicommissorum usuræ, et fructus post moram debentur, multoque magis post litem contestatam*, et seqq.

47. *Voluntates defunctorum latius interpretamur.*

50. *An post litem contestatam usuræ debeantur etiam in stricti juris actionibus.* et n. seqq.

51. *Litis contestatione fit quædam novatio, quæ tamen actori prodest, non nocet.* et n. 53. et 72.

52. *Usurarum obligatio accessio principalis obligationis.*

54. *De modo usurarum.*

55. *De nominibus usurarum. Quid usuræ* centesimæ, semisses, trientes etc. seqq.

56. *De asse, ejusque partibus.*

57. Calendarium *quid, et unde dictum.*

58. *Supra modum legitimum nec usuras, nec fructus, neque pœnam licet stipulari.*

59. *An inutilis sit stipulatio, si usuræ legitimæ modus excedatur.* et n. seq.

60. *Quod usurarum nomine ultra modum exigitur, id aut in sortem imputatur, aut restituitur.*

61. *Quando fructus majores legitimis usuris liceat stipulari, aut percipere.* et n. 62.

63. *Judex quem modum servare debeat, cum ex officio in usuras condemnat.*

64. *Nec usurarum, neque fructuum usuras, pœnam, accessionemve stipulari, aut petere licet*, et seqq.

67. *Exceptio.*

68. *Stipulatus minores usuras an recte stipuletur majores*, si minores sua die non solventur, et n. 69.

70. *Quando usuræ deberi desinant.* et seqq. usque ad finem *Capitis.*

73. *An judex condemnare possit ad usuras pendendas, si tardius sententiæ condemnatus paruerit.* et n. seq.

74. *Judex esse desinit post dictam sententiam.*

75. *An præteriti temporis usuræ a debitore liberato exigi possint.*

76. *An obligatio perimatur, si annuam præstationem debens per triginta annos non solverit.* et n. 78.

77. *An post rem judicatam usuræ peti possint, si judex nihil de iis in sententia pronuntiaverit.*

79. *De lectione* L. usuræ, 10. C. h. t.

In omni obligatione, omnique persecutione, in qua res aliqua petitur, non solum res ipsæ versantur, de quibus obligatio aut actio constituta est : sed etiam ipsarum rerum accessiones quædam sunt, de quibus
1 præstandis agitur. † Accessiones nunc vocamus, non tantum ea quæ extrinsecus rei accedunt, ut quod per alluvionem accrescit, usumfructum, qui finitus proprietati adiungitur : sed etiam quæ ad rei ipsius, et corporis, de quo principaliter agitur, præstationem accedunt, etiam si ex re ipsa nascantur. Quo in genere hæc sunt, usuræ, fructus, ancillæ partus, et quæ caussæ appellatione significantur. De quibus in Pandectis Titulus est propositus, qui *De usuris* inscribitur. In quo præterea id accessit, ut de mora tractaretur : propterea quod istarum rerum præstatio ut plurimum ex mora nascitur. Sic igitur inscribitur, *De usuris, et fructibus, et caussis, et omnibus accessionibus, et mora.*

Earum rerum omnium usus, atque utilitas cum in omni actione, atque omni judicio latissime pateat, soleatque his de rebus vel maxime dubitari, parum autem illa comperta habeantur, quæ de iis jure Civili prodita sunt : rem me non ingratam non inutilem certe studiosis omnibus juris facturum esse putavi, si quæ de iis mihi hactenus cognita, aut percepta essent, exponerem, et omnino siquid ad hæc cognoscenda operæ et studii afferre possem. Quod cum ita fieri commode posse existimarem si non particulatim ista attingeremus, aut cum res esset late per omnes partes fusa,

non in hoc tantum titulo explicando hæreremus: plus operæ suscepi, ut de toto genere earum rerum dicerem. Itaque collegi breviter, quæ ad eam rationem pertinere mihi videbantur, et in ordinem conieci, deque singulis, quantum quisque locus postulare videbatur, meam sententiam exposui: ut sperem rebus omnibus in unum locum conductis, et suis quasi regionibus descriptis, ac dispositis, cum alia ex aliis tanquam nascuntur et efficiuntur, quid in his quærendum sit, tum quæ sit de iis ipsis juris ratio, multo melius et certius ab omnibus cognosci posse. Et quoniam sic titulus ille est, ut ista ad dicendum certo ordine proponantur, usuræ primum, ac deinde cætera: hunc quoque ordinem in his persequendis tenere certum est: itaque etiam de usuris primum disseremus.

2 Usura † sic videtur non mala definiri, ut sit accessio pecuniæ, quæ supra sortem, pro ejus ipsius sortis usu exigitur a dabitore: scilicet, ut cum pecuniam mihi debeas, sive mutuo tibi datam, sive ex alia quavis caussa creditam, si quid pecuniæ eo amplius mihi pendans tantum hoc nomine quod illa pecunia uteris, quam mihi debes, necdum reddis, id *usura* recte nominetur: ipsa vero illa pecunia, quæ principaliter debetur, quo nomine accessio penditur, *sors* vocetur. *L. lecta, si cert. petat.* Ita dicitur *usura*, quasi *usus*, quia pro usu ipsius pecuniæ exigitur: quasi dicas, *usus precium*. Ac proprie nihil aliud significat usura, quam usum. Sic Cicero *usuram lucis*, *usuram vitæ*, *temporis usuram* dicit, istarum rerum omnium usum intelligens. Id etiam *fænus* dicitur, quasi fœtus quidam pecuniæ. Unde *fænus nauticum* vulgo appellatum, idem quod usura nautica. Quanquam fœnoris appellatione in pecunia mutua frequentius nescio quomodo utimur tum, cum pecunia a nobis proficiscitur, eaque solum in contractu versatur: quam fœnerare, et fœnerari brevius dicimur, cum fœnori, id est, sub usuris eam collocamus.

In superiore definitione, quæ ad vim et naturam usuræ pertineant, duo præcipue notanda sunt. Unum, quod usuram pecu-
3 niam esse dicimus, ut intelligatur, quod †
sorti accedit, ita usuram esse, si in pecunia consistat: si quid convenerit, ut aliud pro usu pecuniæ debitæ præstetur creditori, id usuram non esse: quamvis respondeatur, quia in vicem, aut fraudem usurarum detur in eadem caussa haberi oportere. *L. cum non frumentum, et L. seq. Cod. eod. tit.* Ex quo quidem quid de ea conventione, quam no-
stri verbo Græco ἀντίχρησιν nominant, ju-
dicandum sit, apparet. Ea † est, cum mutu- 4
us prædii usus vice pecuniæ datur creditori. Itaque usuram non esse intelligit Papinianus, in *L. 1. §. 1. de pign.* Sed idem tamen ejus conventionis modum scribit pro modo in usuris constituto esse finiendum, quia in usuras percipiatur. *L. si is, qui de pign.* Quod similitudine usurarum non colligeret: si hæc usura esset, ac non potius in vicem usuræ fructus iste perciperetur.

Alterum illud est, quod definitione intel-
ligi voluimus, † usuram accessionem esse, 5
quæ pro usu pecuniæ debitæ supra sortem videlicet exigatur. Sic enim *sortem* pecuniam debitam vocamus. Ita usura non est, nisi tum, cum pecuniæ accedit. Scilicet *cæterarum* rerum fructum, pecuniæ usuram proprie dicimus. *L. usura, de verb. signif. L. 3. §. nonnunquam hic*, ut quod in cæteris rebus fructus est, id in pecunia usura intelligatur. Quæ tamen cum tantum fructus afferat, quantum si ex corpore ipso perciperetur, afferret: recte dictum est ab Ul-
piano in *L. usuræ hic*, † usuras vicem fru- 6
ctuum obtinere. Atque hic locus eo pertinet
ut † si aurum, vel argentum factum, vel quæ 7
aliæ species debeatur ex iis caussis, in quibus alioqui ex mora usuræ præstantur: in iis usuras non deberi intelligamus, ut Papinianus ex hoc sensu respondit, auro, argentove facto legatis, nisi illæ res æstimatæ debeantur. *L. 3. §. ult.* Quod cum ita sit: quod quibusdam in locis usura pro veste, itemque fructuum usura nominatur, *L. pro auro, C. eod. L. neque, hic.* convenit ita interpretari, ut vestem æstimatam datam accipiamus, aut fructus consumptus, quorum nomine æstimatio debeatur. Id enim usuræ ratio facit.

Et tamen quod de pecunia dixi, id † in 8
omnibus rebus mutuo datis eadem ratione accipi velim, ut in iis etiam additamenta usurarum, vel pecuniæ, vel ejusdem materiæ (quod propter incerti pretii rationem in his admissum est) recipiantur. Quod sub hoc titulo in Codice duabus rescriptis declaratur *L. oleo et L. frumenti.* Et profecto in omnibus his rebus, in quibus mutuum consistit, eadem, quæ pecuniæ, ratio est: quia aut his omnino non utimur, aut, si utimur, restat, ut usu eodem modo consumantur.

Ea res effecit videlicet, ut † a veteribus 9
philosophis usuræ magna ex parte in pecunia mutua improbarentur, tanquam quæ contra naturam essent. Neque id iniuria. Usura enim pro usu pecuniæ creditæ exigitur sic, quasi ea pecunia semper ntare; ejus tamen aut nullus est usus, quandiu non ute-

ris: aut si usus est, fecisti utendo, ut sæpius ea pecunia, uti non posses. Neque enim pecunia, aut frumento uti potes, nisi consumas, idest, sic utaris, ut nihil ex ea re amplius apud te maneat. At enim pro eo usu saltem, qui aliquando fuit, aliquid te dare æquum est. Esto, id æquum sit fortasse. Nunc, cum pecunia tibi abest, quam nihilominus debes, quid est quod interim pro ejus usu abs te exigi debere videatur, cum ea non utare, ac ne uti quidem possis, quia abest? Quanquam ne pro eo quidem, quod usus es, aliquid exigi conveniebat, quia aliam pecuniam reddendo, quod te facere necesse est, non solum idem corpus, nec deterius reddis: sed etiam eundem illum usum, quem acceperas, in creditorem tuum transfers soluta pecunia. An non igitur iniquum sit, ut, cum præter pecuniam nihil accipias, aliquid ultra id, quod acceperis, reddas?

10 Quod † longe aliter fit in rebus locandis, cum pro usu locatarum rerum, merces penditur. Hæ res enim suum fructum habent, neque utendo consumuntur, sed ad fructum reddendum ipsæ sue sponte perstant, pro quo ipso pecunia exigitur. Et quanquam in his sic comparatum est, ut res ipsæ quoque finita locatione restituantur: usus tamen, his restitutis, apud debitorem semper manet, nec ab illo restitui potest, ut sane in hoc genere naturalis commutatio rerum esse intelligatur. Idemque hic usus fieri non potest, quin absit creditori. Quorum nihil in pecunia numerata dici potest: cujus dominium sic in accipientem transfertur: ut postea eadem illa una cum usu suo restituatur.

11 Illud plane † concedendum est, si quid intersit creditoris, quod pecunia sua usus non est, quam in alias res potuerit, et solitus sit juste elocare, ut ex negociatione lucrum faceret; vel si quod aliud incommodum passus sit, dum aut in pœnam incidit, aut alias res cogitur carius emere, quia in tempore pecuniam non receperit, et si quæ similes caussæ incidere possunt; earum rerum omnium nomine non iniquum esse usuras exigi pro eo, quod interest. Quid, si venditor fundum suum tradiderit emptori, neque emptor pecuniam solvat? parumne æquum sit debitorem precii usuras solvere, cum ipse fructus fundi interim percipiat? Nihil æquius. Eademque cæterorum damnorum ratio est. Et generaliter definiendum est, cum creditori res sua abest, quam debitori tradidit, propter quam pecunia debetur, cujus rei interim debitor fructus capit, æquissimum esse, debitorem ejus pecuniæ, quam debet, usuras quoque solvere, quas cum iis fructibus quodammodo compenset, quos ipse habet, ne creditor iniuria afficiatur, si ipse interim nihil habeat, debitor autem ea re interim et pecunia fruatur. In quibus omnibus usura vicem habet ejus, quod interest. Quam ad sententiam hæc capita juris pertinent. *L. illud, de Ædil. edicto. L. Julianus, §. ex vendito, de act. empti. L. liberalitatibus, §. 1. hic. L. facta, §. rescripto, ad Treb. L. cum post, §. domum, de jure doti. L. Pater, de dol. mal. except.*

12 Sed nihilominus † jure Romano ipsa per se usura omnis admissa est sine alia ejus, quod creditoris interest, probatione. (*) *major, ut videtur, Reip bono*, ut homines qui pecunia indigerent, facilius ab iis mutuam reperire possent, qui eam se alibi non sine aliquo emolumento suo locare posse intelligerent: itemque augendarum facultatem caussa, ne apud homines pecuniæ otiosæ manerent. Quæcunque caussa est apparet eandem fuisse apud Romanos, propter quam apud cæteras nationes exercebantur. Illas quidem eo jure permissas esse constat. De eo nunc quærimus: Non enim ignoramus, quid aut in iis jure Pontificio constitutum sit, aut de iis sacris literis traditum. Nos vero,

13 ut dixi, † jus Civile de eo genere nostrum hoc loco explicare conamur. Quamobrem de iis ex eo jure sic dicemus, non ut omnia, quæ de hac re dici et conquiri possunt, oratione nostra persequamur, quod nonnulli fecerunt: sed ut quid his literis de hoc genere traditum ac præceptum sit, facilius, nobis ducibus, et celerius cognosci possit.

14 Ac † totius hujus loci tria capita esse animadverto. Unum de obligatione usurarum, quomodo, et quibus ex caussis deberi incipiant. Alterum de earum modo, quatenus exigi possint. Tertium, cum deberi cœperunt, quando desinant, et quousque exigantur. In his maxime capitibus omne jus, quod de

(*) Imo vero maximo reipublicæ malo. Nam primum inter omnes incorruptæ mentis viros convenit, usuram, quæ pro nudo usu pecuniæ penditur, turpe, iniustumque lucrum esse. Leotard. *de Usur. Quæst.* 2 Gonzal. *Comment. ad Cap. 3. de usur. n. 8. seqq.* Leuren. *For. Eccl. Lib.* 5. *Qu.* 339. Nihil autem reipublicæ magis inimicum, quam iniquitas, et injustitia, *Justitia elevat gentem: miseros autem facit populos peccatum*, ut monet Sapiens. *Proverb.* 14. 34. Deinde vero historiarum monumenta abunde testantur, *fænebre malum* a Tacito 6. *Annal.* 16. *discordiarum, seditionumque creberrimam caussam* merito vocari.

usuris quærimus contineri mihi videtur, ut qui ea teneat, nihil præterea fortassis requirere debeat. Eum ergo ordinem nunc sequemur. Ac primum quibus ex caussis debeantur, dicemus.

15 Principio igitur sic definiendum est, † usuras in omnibus caussis optimo jure, si in stipulatum deductæ fuerint, ex stipulatione deberi, si modo etiam certus earum modus stipulatione comprehensus sit. Nihil enim profuerit, usuras stipulatum esse sine certa quantitate, ut in modo earum statuendo ad morem regionis postea recurramus. *L. quod*
16 *in stipulatione. L. Tutor, §. ult. hic.* † Citra stipulationem vero in bonæ fidei quidem judiciis deberi possunt, ut paulo post dicemus: in stricti juris judiciis, veluti mutuo, nullo modo. *L. 1. et L. 3. Cod. eod. tit.* Ex quo intelligi volo, ex pacto deberi non posse, ne si ex continenti quidem interpositum sit, *d. L. 3. C. eod. tit. L. si tibi decem, de pact.* cum tamen regulariter ea conventio actionem pariat, quæ incontinenti subsecuta est. *L. Jurisgentium, §. Quinimo, de pact.* Non enim putaverunt veteres rei per se odiosæ obligationem sine magna cautione esse admittendam.

17 Hoc loco † fiscus primum nobis excipiendus est, cui ex omnibus contractibus usuræ debentur, non modo citra stipulationem, sed etiam sine ullo pacto. *L. cum quidam, §. Fiscus. L. Herennius, 2. hic.*

18 Proxima fisco civitatum ratio est. † His enim etiam ex nudo pacto debentur usuræ creditarum ab eis pecuniarum. *L. etiam hic.* Creditarum, inquam, idest, mutuo datarum. Nam in cæteris contractibus bonæ fidei non mirum, si jure communi usuras exigant vel ex sola mora. Atque etiam sine ulla alia conventione usuræ civitatibus debentur in eo genere, cum quis quid pollicitus fuerit Reip. se daturum, si moram in eo præstando facere
19 cœperit. *L. 1. de pollicit.* Cui † contrarium non est quod traditum est, liberalitatis in Remp. factæ usuras non exigi. *L. liberalitatis, hic.* Quod enim ex pollicitatione debetur, ita debetur, si ob honorem decretum sibi vel decernendum quis promiserit, vel ob aliam justam caussam. *L. 1. de pollicit.* Id autem
20 † a liberalitate distare plurimum intelligitur. *L. hoc jure, in prin. et §. 1. de donat.*

Jam vero neque hoc in omni pecunia, quamvis inter cæteros, perpetuum est, ut non nisi per stipulationem usuræ debeantur.
21 † Interdum ex nudo etiam pacto debentur, idque inter omnes valet. Primum hoc in trajectitia pecunia receptum est certa de caussa. *L. in quibusdam, de naut. fœn.* de quo genere toto, quia res pluribus verbis indiget, paulo commodius postea dicemus. Deinde † extra 22
pecuniam numeratam in cæteris rebus omnibus, quæ mutuo datæ sunt, in quibus mutuum consistere potuit, puta oleo, frumento, et cæteris ejusdem generis. In quibus omnem accessionem ex nudo pacto præstandam esse placet. *L. frumenti C. eod. titul.* Cur autem placeat, favor rei in caussa est. Favetur enim creditori frumentum, vel oleum mutuanti, si aliquid accedere velit supra sortem, ne damno aliquo afficiatur, dum propter variam commutationem æstimationis earum rerum, accidere potest, ut minori æstimatione eas postea recepit a debitore, quamvis eadem mensura. Quarum rerum quam varia sint precia, non modo per singulas civitates et regiones, sed etiam iisdem in regionibus per singula prope momenta, omnibus notum est. Quamobrem etiam in iis arbitraria actio de eo, quod certo loco inducta est. *L. ideo, de eo, quod cer. loc.* Huc pertinet. *L. oleo. C. eod. titul.* Nihil simile in nummis, quorum semper certa est æstimatio. *L. nummis de in litem jur.*

Enimvero † cur ex nudo pacto accessio 23
in his præstanda est? Inauditum est enim, et insolens, ex nudo pacto actionem nasci, nisi certis de caussis nominatim lege id constitutum est. Sed nudum hic accipere debemus, non quod ex continenti secutum non sit, sed quod a stipulatione nudum sit. Ut enim a doctis hominibus recte observatum est, † nu- 24
dum dicitur varie, ut quisque locus postulat; nempe id, quod nudum est ab ea re, quæ præcipue eo loco requiritur: ut eum dicimus, traditionibus, et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri. *L. traditionibus, C. de pact.* apparet, nuda pacta dici, non quæ aut nomen non habent, aut caussam aliam præter conventionem, quasi ex iis, in quibus superiora illa sunt, dominia rerum transferantur: nullo modo enim ex contractu solo transferuntur. Sed nuda intelligimus, ut referatur significatio ad id, quo de agitur, ea scilicet, quæ traditionem non habent, qua dominia transferri volumus. Sic hoc loco cum *nudum* dicimus, ita accipere debemus *nudum*, quod nihil, nisi pactum sit, et stipulationem non habeat, citra quam alioqui usuræ deberi non possunt.

Atque hæc etiam de stipulatione, et pacto omnia sic accipi volumus, si usuræ pecuniæ quavis alia ex caussa debitæ petantur, quam judicati. Cæterum † post rem judicatam 25
hoc speciali ratione adversus moram longiorem debitorum pœnæ caussa constitutum est,

ut si intra quatuor menses, quam res judicata est, pecuniam ex ea caussa non solverint, usuram centesimam ejus temporis, quod postea fluxerit, pendant. *Toto tit. Cod. de usur. rei judic.*

Quibus exceptis, relinquitur quod posuimus, cæteris in rebus sine stipulatione usu-
26 ras exigi non posse. At † deberi quidem naturaliter ex pacto possunt sic, ut solutæ repeti non possint, nec ideo in sortem imputabuntur. *L. in iis*, §. *Imperator, de solut. L.*
27 *3. C. hic.* † Potest etiam creditor per retentionem pignoris eas consequi, si forte pignus in eam quoque caussam obligatum sit. *L. per retentionem, Cod. eod. L. solutum*, §. *si in*
28 *sortem, de pign. act.* † Pignus enim etiam pro naturali obligatione tenetur. *L. res. de pign.* Sed retinere, inquam, solum potest creditor, siquid eo nomine datum sit: exigere autem, quæ nondum solutæ sunt, de quo nunc agitur, sine stipulatione non potest.
29 Quid ergo, † si eas pacto forte promissas debitor pluribus annis solverit? Exoritur dubitatio, num id sine stipulatione satis sit, ut eas in posterum præstare cogatur. Sed nos stipulationem requirimus. Quod autem pluribus annis præstitæ sunt, id consensum debitoris de iis præstandis arguere potest: stipulationem, quæ non sit, inducere non potest. Quanquam ne hic quidem satis caussæ, ut qui ante solverit, in posterum quoque, ut id faciat, consensisse videatur. Quo fit ut nihil hæc præstatio ad inducendam futuri temporis usurarum obligationem quicquam momenti habeat. *L. si certis annis, C. de pact.*

Itaque huc semper redeundum est, necesse habere creditorem, qui usuras petat, probare stipulationem intervenisse. Extatque in hanc sententiam Imperatoris Antonini rescriptum in *L. creditor, C. eod. tit.*
30 Non haberet hæc res dubitationem, neque pluribus verbis indigeret, nisi † Papiniani locus sub hoc titulo obstaret, in *L. cum de in rem verso*, in quo ille refert, cum de usuris quæstio moveretur, Imperatorem ideo solvendas usuras judicasse, quod eas dominus, vel pater longo tempore præstitisset. Quæ sententia si vera est, superioribus maxime contraria est.
31 Atque † hunc quidem nodum sic vulgo expediunt, ut qui usuras non tanquam ex stipulatione debitas petat, sed hoc solum caussæ afferat, quod dicat sibi longo tempore esse præstitas: hunc non esse audiendum existiment, scilicet quia præstationis diuturnitas non sit caussa ad inducendam obligationem constituta. Et huc superiora illa rescripta referunt, quæ præstationem præcedentis temporis nocere negant. *L. si certis, Cod. de pact. L. creditor, C. hic.* Sed qui aliqui usuras optimo jure sibi deberi contendat, puta ex stipulatione, hic, si ad ejus rei probationem hoc argumento utatur, quod sibi longo tempore solutæ sint, fidem facere dicunt, et ideo in posterum, tanquam jure debitas, solvendas esse. Sicque Imperatoris decretum illud apud Papinianum interpretantur. Atque in summa diuturnam præstationem ad inducendam sequentis temporis obligationem satis esse negant: ad probandam obligationem quæ præcessisse dicatur, putant satis esse. † utcunque probabiliter, 32
sed parum ad eum locum, quem interpretantur, accommodate. Neque enim quicquam illic proponitur eum, secundum quem pronunciatum est usuras deberi, dicere sibi eas ex stipulatione debitas: sed solum hoc dicitur, Imperatorem ideo solvendas usuras judicasse, quod eas pater longo tempore præstitisset. Ita quod longo tempore præstitæ essent, hanc solam rationem habuit, ut eas solvendas judicaret. Deinde sequentia non cohærent, in quibus refert Papinianus, Imperatorem Severum filiæ Flavii Athenagoræ, cujus bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine jussisse, quod ea patrem præstitisse dotis usuras allegasset. Quibus verbis non de usuris præstandis in posterum agitur ob id, quod ante præstitæ essent, sed ex ea præstatione patrem debuisse dotem, colligitur. Postremo nullum hoc argumentum est, qui longo tempore usuras præstiterit, eum quoque ex stipulatione debitas præstitisse. Nam si eum, qui paucioribus annis præstitit, non ideo tamen etiam secundum illorum sententiam colligitur debuisse, quamvis creditor sibi ex stipulatione deberi dicat: *L. creditor, C. de usur.* non debet ne is quidem debuisse existimari, qui longo tempore idem fecerit. Quid enim dici potest, cur qui semel errore inductus solvere cœperit, deinceps eodem errore longe tempore non solvat?

Assentior igitur † Francisco Duareno nostro, recte, ut cætera, animadvertenti, eo loco 33
de stipulatione usurarum non agi, neque hoc quæri, an usuræ debeantur, nec ne: sed an ab hærede patris, vel domini debeantur, cum quo de in rem verso agebatur. Pater longo tempore usuras præstiterat pecuniæ, quam filiusfamilias mutuam acceperat. Eo nomine, mortuo patre, cum hærede ejus agebatur de in rem verso, quod eam pecuniam creditor in rem patris versam esse diceret, et simul usuras petebat, quas pater longo tempore

præstitisset. Negabat hæres in rem patris
versum: ideoque nec usuras quidem nomine
patris se debere dicebat. Imperator judicavit
usuras ideo esse solvendas, quod pater eas
longo tempore præstitisset: ut sit sensus,
non judicavisse Imperatorem, usuras, quæ
debitæ non docerentur, ideo solvendas esse,
quod longo tempore præstitæ essent: sed,
cum per stipulationem debitas esse a filio con-
staret, ideo judicavisse ab herede patris sol-
vendas esse, quia pater ipse, dum viveret, longo
tempore eas præstitisset. Scilicet ut hinc du-
catur conjectura, in rem patris eam pecu-
niam versam fuisse, idque ipsum patrem ea
re declarasse, quod tandiu ejus pecuniæ usu-
ras solvisset. Neque enim id ita faceret, tan-
quam ejus pecuniæ debitor, nisi ostenderet,
eam quoque pecuniam se debere, et ita in
rem suam versam fuisse. Ex quo significare
sive Imperator, sive Papinianus voluit, præ-
stationem usurarum, quæ ex certa caussa
descenderent, arguere eum, qui eas præsti-
terit, ejus quoque summæ principalis debi-
torem fuisse, cujus nomine usuræ illæ præ-
stabantur. Quam bene autem cum hac sen-
tentia convenit, quod sequitur? Flavius Athe-
nagoras filiæ nubenti decies centena doti
constituerat, et viro ejus promiserat, ejus-
que summæ nomine per multos annos usu-
ras marito præstiterat. Ejus deinde Flavii
bona omnia propter delictum aliquod publi-
34 cata sunt † Bonis publicatis, sic omnia judi-
cati bona ad fiscum pertinent, ut tamen pe-
culium filii ex constitutione D. Claudii se-
paretur, præcipue autem dos, quæ ipsius fi-
liæ proprium patrimonium est. *L. 3. §. sed
utrum in fi. de minor.* Cum hæc dos promis-
sa filiæ, certo ejus dotis actio in bonis, et
peculio filiæ esset, cum fisco egit, ut sibi ea
dos restitueretur, neque tamen facile sibi
constitutam esse probare poterat. Imperator
Severus, cæteris probationibus in hac caussa
deficientibus, hoc ipso de fisco numerari ei do-
tem jussit, quod inter cætera filia patrem præ-
stitisse ejus dotis usuras allegasset. Judicavit
scilicet, eum: qui usuras dotis solvisset, ipsam
quoque dotem a se profectam agnovisse videri,
eamque se debuisse. Quod bene cum præce-
dentibus convenit. Sic enim at pater judi-
catur agnovisse se pecuniam debere, tan-
quam in rem suam conversam, quia ejus
pecuniæ usuras tandiu præstitisset. Ita usu-
rarum præstatio non declarat fuisse usuras
debitas, quæ solutæ sunt, de quibus non
quæritur: sed eum, qui solverit ex aliqua
caussa principali; si de ea principali obliga-
tione quæratur, eam caussam præstatione
usurarum agnovisse videri. Usuræ enim nisi
pecuniæ debitæ, non solvuntur, maxime ab
eo, qui, qua de re agatur, non ignorat. De
ipsis autem usuris in reliquum tempus præ-
standis hæc semper manebit quæstio, an
etiam stipulatione promissæ sint; aut ea
caussa, qua præsumitur præcessisse, ea sit,
in qua ex mora usuræ debeantur. Sed jam
ad propositum redeo.

Cum igitur usuras ex stipulatione solum
recte deberi constet: deinceps de vi ejus sti-
pulationis monendi sumus, † cum hac con- 35
ditione, ut fit, interposita erit, ut, *si pecunia
sua die non solvatur*, usuræ debeantur, non
esse expectandum, dum debitor moram fa-
ciat, ut ex ea stipulatione agi possit. Etiam
sine mora debitoris usurarum stipulatio com-
mittetur dissimiliter, atque in bonæ fidei
contractibus. Nec mirum, cum id exigat, vis
et ratio stipulationis conditionalis, quæ con-
ditione existente committitur. *L. pecuniæ. §.
1. hic.* Quod tamen sic accipiendum est, si
quid sit omnino, quod debitori imputari
possit, cur non solveret. Quod † si nemo 36
fuit, cui pecuniam solvere posset: æquum
est, ejus temporis moram debitori non noce-
re, *L. pecuniæ §. si tamen.* Ut hac ratione
etiam in usuris, quæ per stipulationem de-
bentur, verissimum sit, quod Paulus scribit,
usuras non propter lucrum petentium, sed
propter moram non solventium infligi. *L.
cum quidam, §. si pupillo. hic.* Idemque in
similibus conventionibus omnibus receptum
est, quoties hæc conventio est, ut, *si pecunia
a debitore sua die non solvatur*, debitor eo
nomine aliquid præstet. Idque ex lege com-
missoria intelligi potest, quæ † locum habet 37
etsi non interpellatus debitor non solvat. Et
tamen † idem, si non habeat, cui offerat se- 38
curus est. *L. si fundus, §. ult. de leg. com-
mis.* Ergo, ut videtur, quoties nemo erit, cui
debitor pecuniam recte dat, cum velit, toties
sequentis temporis usuras non præstabit.
Non ita est. Sed † hoc spectabimus, an nun- 39
quam per debitorem steterit, quominus pe-
cuniam solveret, ne aut stipulatio committe-
tur, aut ex mora in bonæ fidei judicii usuras
inciperent deberi. Semel autem mora facta
et stipulatione usurarum commissa, etiam si
per creditorem stet, quominus debitor recte
solvat, non tamen usuræ, quæ cesserint, de-
beri desinent, nisi pecunia oblata, et deposita
fuerit. *L. evictis, §. ult. L. debitor, hic.*

Atque hæc de stricti juris contractibus di-
cta sint. In iis autem judiciis, quæ bonæ
fidei appellamus, longe jus diversum est. † 40
In quibus in summa si quid convenerit
ex conventione: si nihil convenerit, tamen
ex mora usuræ debentur. Exempla sunt

pretii in emptione, et venditione, in locato,
mercedis, in negociorum administratione,
si quid alter alteri ex administratione de-
bere cœperit, et quæ sunt ejusdem generis,
l. cum quidam, §. *ex locato*, *et* §. *cos*, *L.*
eviclis, *L. mora*, §. *in bonæ fidei*, *L. et in*
41 *contraria*. *L. quæsitum*. §. *ult. hic.* † In em-
ptione tamen et venditione usuræ pretii non
debentur ante quam possessio rei venditæ
tradita sit, non dico ex mora: (nam id cer-
tum est, moram non fieri ab emptore, prius-
quam rem acceperit. Donec enim ei res tra-
datur, suo jure pecuniam dare recte recusa-
bit. *L. Julianus*, §. *offerri*. *L. qui pendentem*,
de act. empt.) sed ne si convenerit quidem,
ut usuræ præstarentur. *L. liberalitatis*. §. 1.
42 *hic.* Omnino enim † quibus in negociis pe-
cunia debetur propter aliam rem, quæ vice
mutua præstari debet, nisi ejus rei præstatio
antecesserit, usuræ non debentur, ut non
tantum in hoc genere intelligi potest, sed
43 etiam † in dote, quæ propter onera matri-
monii debetur. *L. cum post*. §. *domum*, *de*
44 *jure dot.* Itemque † in eo legato, cum heredi
decem data sunt, et vicissim partem aliquam
hereditatis dare jussu est. *L. facta*, §. *rescri-
pto*, *ad Trebell.* Apparet enim in his, ut ini-
tio dixi, usuras pecuniæ institutas esse ad
compensationem fructuum ejus rei, quam
debitor prius accepit, cujus nomine nunc
pecuniam debet.

Interdum etiam mora non interveniente
45 in hoc genere usuræ debentur. † Id accidit
in omni rerum alienarum administratione,
quoties quis ejus pecuniam, cujus tutelam,
aut negocia administrat, in usus suos conver-
tit. *L. 1. hic*. *L. qui sine*, *de neg. gest.* *L. tu-
tor qui repert.* §. *si post*, *de adm. tut.*

Bonæ fidei judiciis legata, et fideicommissa
in hac caussa comparantur, quæ, quanquam
46 ipsa bonæ fidei judicia non sunt: † usura-
rum tamen præstationem statim ex mora
admittunt, itemque et fructuum *L.* 3. §. *ult.*
L. usuræ. *L. cum quidam*, *in fine*, *L.* 3. *in
princip.* *L. equls. hic.* Quippe in his, ut in
47 cæteris omnibus, † latius voluntates defun-
ctorum interpretamur. *L.* 1. *in testamentis*,
de regul. juris. Quoque minus testator suam
voluntatem implere nunc potest, qui mor-
tuus est, eo magis, ut primo quoque tempore
impleatur, post mortem ejus laborandum est,
ne quid contra, quam voluit, eveniat. Huc
pertinet *L.* 1. *C. de sacrosanct. eccl.* Ex quo
quidem efficitur, quod Paulus scripsit, si
quis pecuniam ad statuas in civitate ponen-
das legaverit, neque heredes post tempus
a Præside præfinitum posuerint; usuras,
reip. pendere debere, nimirum ex legato.
L. cum quidam, *in fin. hic.*

Neque huic contrarium est, quod idem di-
cit, † liberalitatis in rempublicam factæ 48
non exigi. *L. liberalitatis*, *in prin. hic.* Ab
ipso enim testatore non exigerentur usuræ
si viveret, quia in persona ejus liberalitas
est. In persona autem heredis, a quo usuræ
nunc exiguntur, liberalitas non est. Ipse enim
ut legatum præstet, ex quasi contractu, non
ex donatione sua obligatur, §. *heres*, *instit.
de obligat. quæ ex quasi contr.*

Quod si in iis ex mora quoque ipsa usuræ
præstantur: † multo magis profecto post li- 49
tem contestatam præstabuntur, ut est rescri-
ptum in *L.* 1. *et L.* 2. *C. de usur. legat.*
Quibus rescriptis non negatur, quin ante li-
tem contestatam usuræ exigi possint. Utrum-
que enim verum est, et post litem contesta-
tam præstandas esse, ut tum forte quæstio
inciderat, ad cujus consultationem rescribi-
bitur: et si ante mora facta sit, etiam ante
id tempus deberi: ut nunc dicimus.

Quare sit nobis hic locus jam conclusus,
in stricti juris judiciis, usuras non nisi ex
stipulatione deberi: in bonæ fidei contracti-
bus, itemque legatis, et fideicommissis, usu-
ras aut conventione, quæ quidem valeat ad
agendum, aut sine ulla conventione etiam ex
mora deberi.

Quæ si ita sunt: † falsum est quod quidam 50
putant, post litem contestatam usuras semper
deberi, etiam in stricti juris judiciis. Et quo-
modo tandem usuras petet, cui promissæ non
sunt? Nam post litem contestatam nihil, nisi
caussa actoris præstanda est, in quo genere
fructus continentur, ut semper fructuum post
litem contestatam ratio habeatur. At in hoc
numero usuræ non habentur. Nam hoc di-
serte ab Ulpiano scriptum est, usuras vicem
fructuum illas quidem obtinere: sed id in
legatis, et bonæ fidei judiciis observari. *L.
usuræ*, *hic.* Sequitur igitur, ut neque peti
possint, quarum nulla actio est: neque offi-
cio etiam judicis, lite contestata, continean-
tur ad restitutionem.

Male vero ad confirmationem hujus sen-
tentiæ his verbis Pauli abutuntur: *Lite con-
testata*, inquit, *usuræ currunt*. L. lite, *hic.*
Nam his verbis quid aliud significat, nisi
usuras lite contestata non desinere deberi,
id est nihilominus currere? Quod in *L.* 1.
C. de judic. his verbis expressum est; *Judi-
cio cœpto usurarum stipulatio non est perem-
pta.* Idque ideo traditum a Paulo, et illic
rescriptum est, quia fuit quod dubitari pos
set ob id, quod † lite contestata novatio quæ- 51

dam fit, cum judicio quasi contrahatur. *L. aliam; de novat. L.* 3. §. *penult. de pecul.* Ita, principali obligatione extincta, consequens fuit, ut usurarum tolleretur, quæ ipsa ✝ nihil, nisi principalis obligationis accessio,
32 est, *L.* 1. 2. *de pec. leg.* Sed nos hac re moveri non decere his locis admonemur. Eaque
33 ratio est, quod ✝ ejusmodi novatio prodesse petitori, non nocere consuevit. *d. L. aliam.*

Ac de obligatione usurarum, quibus ex caussis in singulis generibus negociorum deberentur, dictum est. Sequitur de modo, qui lege constitutus est, supra quem usuras stipulari, aut exigere non liceat. De qua re extat Justiniani constitutio in *L. eos*, §. 1. *C.*
34 *eod. tit.* ad hanc ferme sententiam, ✝ ut illustribus personis ad tertiam dumtaxat partem centesimæ usuras stipulari et exigere liceat, idest trientem usuram. Cæteris, siquidem mercaturam exercent, besses usuras concedit, quorum magis interest, si mercatores non sint permittit semisses, idest, dimidiam centesimæ partem. Utrisque autem tam negociaturibus, quam minime negociantibus, centesimam usuram concedit stipulari certis in caussis, his, inquam, trajectitia pecunia (sic enim vocamus eam, quæ trans mare vehemenda datur, ut periculum interim sit creditoris, de qua postea in me dicatur) itemque in speciebus fœnori datis. Species autem accipe eas, de quibus supra diximus, in quibus usura pro usu intervenire potest, idest eas, in quibus mutuum etiam consistit, oleum, pota, frumentum, et cæteras generis ejusdem. In quibus graviores, quam in cæteris, usuras stipulari permittitur propter incerti pretii rationem istarum rerum, quæ mutuæ dautur. Aliter enim vix fiat, ut non aliquo incommodo afficiatur creditor, qui pro magni preeli rebus cogatur interdum accipere alias minoris multo pretii, nisi adversus hoc periculum cautione majorum usurarum prospiciatur. *d. L. oleo, C. eod. tit.*

Ac loquitur quidem Justinianus in hac constitutione de usuris, quæ ex negociatione cujusque exiguntur, in quibus eum modum præstituit, de quo dixi, quem vetat excedere. Alioqui sciendum est, quasdam esse præterea caussas, in quibus ex lege ipsa, et constitutionibus sine ulla stipulatione, aut mora, usura centesima exigatur. Hoc primum a Justiniano ipso constitutum est in ea pecunia, quæ ex caussa judicati debetur, ut post tempus statutum usuræ centesimæ ejus pecuniæ currant. *L. ult. C. de usur. rei judic.* Cui constitutioni non derogari superiore illa, quam nunc tractamus, *L. eos*, ex eo plusquam manifestum est, quod in hac posteriore superioris illius mentionem facit. Et nimirum in *d. L. eos*, vetat centesimam usuram exigere in aliis caussis ex stipulatione, aut ex consuetudine. Nunc autem hæc centesima pecuniæ ex caussa judicati debitæ ex constitutione debetur.

Hoc idem ex constitutionibus receptum est in eo, qui pecuniam ejus, cujus tutelam, aut negocia administrat, in usus suos convertit, ut eo nomine maximis usuris vice cujusdam pœnæ subjiciatur. *L. qui sine, de negot. gest. L. tutor qui repert. §. si post. de administrat. tut.* Ad quas constitutiones lex Justiniani non pertinet, cum hic usura centesima neque ex stipulatione pupilli, neque ex mora officio judicis exigatur.

Ita in summa quatuor caussæ reperiuntur, in quibus centesima usura locum habeat: in duabus ex stipulatione creditoris; in reliquis ex ipsis constitutionibus sine ulla stipulatione, aut conventione.

Circa hanc constitutionem hoc unum quæritur, ✝ quid sit centesima usura. Quo 35
cognito, simul etiam, quæ sint usuræ trientes, quæ quincunces, quæ semisses, quæ besses, intelligetur. Nihil est enim aliud triens, nisi tertia pars centesimæ: semis, nisi dimidia pars, et ita deinceps: ut si usura centesima sit duodecim aureorum in annos singulos, semis usura sit hujus summæ dimidia pars, idest sex aurei: triens, tertia pars, idest quatuor aurei: bes, octo unciæ, idest aurei octo. Sic enim ✝ veteres 36
Romani cum totum aliquod partiri vellent, id ad assem redigebant, qui constabat duodecim partibus, quarum unaquæque uncia dicebatur: plures autem conjunctæ usque ad assem suis nominibus appellantur. *Sextans*, duæ unciæ, sexta pars assis videlicet: *quadrans*, quarta pars, tres unciæ: *triens*, tertia pars, quatuor unciæ: *quincunx*, quinque unciæ, et deinceps: ex numero unciarum appellatæ partes, *semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as*. Idque non solum fecerunt in hereditate, cum hereditatis partes numerare, et partiri vellent, quod illos in hoc genere fecisse certum est: *L. sertum*, §. *ult. de hered. instit.* sed in omnibus aliis rebus partiendis. Horatius in *Arte poetica*:

Romani pueri longis rationibus assem
Discunt in partes centum diducere, dicat
Filius Albini, si de quincunce remota est
Uncia, quid superat? poteras dixisse, triens. heu,
Rem poteris servare tuam, redit uncia, quid fit?
Semis. etc.

Hoc ergo et in centesima, reliquisque ejus usuræ partibus intelligendum est, ut cum inventa erit centesima usura ejus sortis, de qua quæstio est, tum deinde ea in alias partes dividatur ad rationem assis, quæ dicantur ejus assis, quasi sortis quincunces, semisses, trientes, besses usuræ. Sic enim trientes ratione ipsius centesimæ dicuntur, sic semisses, et cæteræ: ut centesima as sit, et totum quoddam, cujus partes sint illæ minores. Sic autem dici semisses usuras, quasi dimidiam partem centesimæ, trientem quasi tertiam partem centesimæ, hoc quidem ex constitutione Justiniani plus quam manifestum est. Huc pertinet *L. cum quidam, in fin. hic.* Relinquitur igitur, ut hoc solum quærendum sit, quid sit centesima usura.

De qua re jam inter doctos viros omnes constare video. centesimam usuram esse centesimam partem sortis in singulos menses, ut ita dicta videatur, quod ad sortem relata, centesima sit portio sortis. Alii hoc modo centesimam usuram esse definiunt, quæ centesimo mense æquat sortem, quod eodem redit. Ut puta in centum aureos in singulos menses unus aureus, idest centesima pars, usura centesima est. Eadem centesimo mense æquat sortem. Cum enim centum mensibus uno quoque mense unus aureus præstitus fuerit, efficietur ad extremum summa centum aureorum, quæ principalis sors fuerat. Quod autem dicimus, centesimam esse partem sortis in singulos menses, referri debet ad morem, et rationem veterum in fœnerandis pecuniis et promittendis constituendisque usuris, sicut a Budæo recte annotatum est, in *Annot. in Pandect.* Usuras enim in singulos menses stipulari solebant, non in singulos annos, ut indicat exemplum Pauli in *L.*
57 *lecta, si cert. petat.* Ex quo † *Calendarium* dictum est liber rationum, in quem pecuniæ fœnori datæ, et acceptæ referebantur, a *calendis*, quod pecunias in singulas calendas fœnerari solerent. Sic Africanus *servum calendario præpositum* dixit, qui fœnerandis, exigendisque pecuniis præpositus erat. *L. ejus, si cert. petat.* Et Papinianus *calendarium exercere* pro eo, quod est ejus generis negociationem exercere, ut pecunias collocet, ac fœneret usuris in singulas calendas, idest in singulos menses ad exactionem constitutis. Quamobrem erit more nostro centesima usura, duodecim pro centum in singulos annos: bes usura, octo aurei pro centum: semis, sex aurei, et deinceps pro ratione centesimæ.

Hoc modo usurarum constituto, non solum usuras petere, aut stipulari non licebit,
58 quæ hunc modum excedant: sed † nec quicquam aliud in vicem usurarum, cujus æstimatio quantitatem justæ usuræ superet. Non pœnam. *L. pœnam, hic. L. Julianus, §. ibidem Papinianus, de act. empt.* Non fructus pro usu pecuniæ percipere, nisi admodum, et, ut loquitur Papinianus, ad finem legitimæ usuræ. *L. 1. §. ultim, §. de pignor.*

Quid ergo † si supra eum modum quis 59
usuras stipulatus sit? Idcircone erit stipulatio inutilis? Imo vero quod illicite adjectum est, pro non adjecto habebitur: quod reliquum est, usuræ licitæ peti poterunt. *L. eos, §. si quis. C. eod. tit. L. usuras, L. placuit hic.* Quippe cum tot stipulationes sint, quot res: quæ quodammodo stipulationes erunt, una utilis, et alia inutilis, nec vitiatur utilis per aliam inutilem, ut scribit Ulpianus in *L. 1. §. sed et si mihi, de verb. oblig.* Isto modo † si quid amplius exactum sit, aut in sortem 60
imputabitur, eamque diminuet: aut, si nihil aliud repetetur, *d. L. eos, §. si quis autem L. cum non frumentum. L. indebitas. C. eod. tit.*

Quod tamen diximus, qui fructus in vicem usuræ a creditore percipiuntur, si modum legitimæ usuræ excedant, ad justum modum esse revocandus, *d. L. cum non frumentum.* † sic accipiemus, si certum sit, 61
fructus annuos fundi non alios esse posse, quam qui usurarum legitimum modum superent. Enimvero si ii erunt, qui natura loci eam quantitatem non excedant: non debet, quia forte plures fructus nasci possint, si id aliquando contigerit, conventio de fructibus percipiendis, quasi juri contraria rescindi. Contingit enim id aliquando, non semper, et pauciores natura loci percipiuntur. *L. si ea lege, C. eod. tit.*

Accidit etiam aliquando, ut quod pluris esse videatur, voluntate debitoris justum fiat, nec legitimam usuram egrediatur. Ut cum mutua pecunia accepta convenit, ut vice mutua creditor debitoris domum inhabitaret, eoque modo, uti convenerat, usus est. Hic enim, † quamvis plus domus redigeret, si 62
locaretur, quam legitimarum usurarum ratio permittit: referri tamen quæstio eo nomine, quasi fraus legi fiat, non potest, ut est rescriptum ab Alexandro in *L. si ea pactione, C. eod. tit.* Recteque eo rescripto ratio reddita est, quia, ut potuerit majore sorte contrahi locatio, hic tamen vilius conducta habitatio voluntate debitoris intelligitur. Constat autem in illius potestate esse, utrum pluris, an minoris locet.

Quibus expositis, si quid de usuris nominatim convenerit, de earum modo quid sequamur, non erit obscurum. Nam sive ad

modum lege præstitutum aliquid convenerit, id sequemur: sive excesserit, tamen semper ad eum modum, qui legitimus est, redigetur quantitas usurarum.

63 Enimvero † in bonæ fidei judiciis, cum usuræ petentur ex mora, (id quod sine ulla conventione fit) et modus arbitrio judicis permittetur quid fiet? Quem hic modum usurarum judex constituet? Easne recte exiget creditor, quæ a Justiniano cuique permissa sunt, puta senatos trientes, mercator besses, alius semisses? Nequaquam vero hoc sic accipiendum est In his judiciis, sed morem sequetur regionis judex, et ex ea consuetudine uniuscujusque modum statuet, tantummodo ne legem offendat, ut Papinianus scribit in *L. 1. hic.* Itaque si minoris etiam usuræ in regione frequentabuntur, quam quas a Justiniano permissum est stipulari, catenus modum earum definiet: sin majores non excedet tamen eum modum, qui lege constitutus est a Justiniano.

Atque hæc de modo usurarum jure constituta sunt; quibus efficitur, ne supra eum modum usuras stipulari atque exigere liceat. Exstat autem et in hoc genere alterum legis

64 caput, † ne usuras usurarum stipulari aut petere possimus. *L. placuit, hic.* Cui legi cum fraus fieret a callidis hominibus, qui usuras in sortem redigentes: sic deinde tanquam sortis usuras exigebant, edita est Justiniani constitutio, qua cantum est, ne liceat cuiquam usuras præteriti temporis, vel futuri in sortem redigere et earum iterum usuras stipulatori. Et id si fieret, idem de eo statuit quod prius de iis usuris diximus, quæ legitimum modum excederent, quatenus illicitæ essent. Exstat constitutio sub eodem *tit. Cod. L. ultim.*

65 Ex hoc jure † nec pœnam, nec ullam usuræ accessionem stipulari possumus. *L. pecu-*

66 *nia, hic.* Eodemque exemplo, ac ratione, † nec usuras fructuum petere, nempe usuras accessionis, si modo tanquam fructus exigantur, quales sunt, qui a malæ fidei possessore ante litem contestatam, condicuntur quales qui post litem contestatam officio judicis præstantur, nimirum tamquam caus-

67 sa. *L. neque, hic.* Nam † si fructus ii sint qui rem principalem efficiant, aut in ea computentur, quod accidit in fructibus hæreditatis, qui ante litem contestatam percepti augent hæreditatem, et tanquam hereditas petuntur: istorum usuras exigi posse, Papinianus auctor est in *L. heres, §. ult. de petit. hæredit.* Quod sic accipiendum est, ut initio manui, non si fructus, et species exstent: sed si, iis venditis, pecunia a bonæ fidei possessore petantur. Aliter namque id non fit. *L. 1. Cod. de petit. heredit.*

Hoc jure posito, †, illud quæsitum est probanda sit ejusmodi conventio, nec ne, si quis forte minoribus usuris ab initio promissis, majores stipulatus sit hac conditione, *Si minores sua die solutæ non essent*, quasi hac conventione usura usuræ induci videretur, aut certe pœna usuræ, quod tantundem valet. Et omnibus Jureconsultis placet, et recte placet, ejusmodi conventionem legitimam esse, modo ne majores usuras, quam legitimas, posteriore stipulatione comprehendamus. *L. pecuniæ, §. 1. hic. L. 1. §. penult. de pign.* scilicet ut intelligamus graviores istiusmodi conventione ex eo tempore induci posse, ex quo in minoribus præstandis cessatum est; non autem, si recte minores sua die solutæ sint, post deinde cessatum sit, licere majores exigere retroversus jam inde ab eo tempore, quo pecunia mutuata est, etiam pro iis temporibus, quibus usuræ minores recte solutæ fuerant. Quod ne conventione quidem effici posse, D. Marci rescripto affectum est, *L. cum quidam, hic.* 68

Ergo, quærat aliquis, † cum cessatum erit, ex eo tempore majores usuræ current, et deinceps præstabuntur? Præstabuntur ai ne dubio, si quidem ea fuit conventio, ut minoribus non solutis, majores exigerentur. Sed in hac re conventio nominatur. Quid enim, si ita convenerit, ut si post unum, duosve menses cessatum fuerit, in majores usuras debeator teneatur, deinde adjectum sit, ut deinceps per singulas pensiones ea conditio observeretur, si conditione data usuræ non solvantur? Apparet, non id actum esse, ut si semel cessatum sit, deinceps majores exigantur: sed ita, quatenus per singulas pensiones cessatum fuerit. Unde evenit, ut, quamdiu minores conditione data solventur, non sit locus majoribus, quamvis prius forte in una pensione cessatum fuerit, *L. Seja, hic.* Duobus locis expositis, in quibus de caussa usurarum, et modo diximus, restat tertius, qui a nobis propositus est, quousque usuræ debeantur, et quando deberi desinant. Ac † trium causarum desinunt deberi ex aliqua, si liberatus est obligatione sortis debitor, propter quam usuras debebat: si, manente sortis obligatione, usuras remisit: si usuræ ad duplum sortis pervenerint. Duplum enim excedere non possunt. 69 70

In primo genere † hæc numeranda sunt, non dico si pecuniam solvit, aut exceptione aliqua liberatus est debitor, de quibus nemo 71

ambigit: sed illa, de quibus fortassis nonnulla dubitatio sit, si pecuniam obtulit, et, recusante creditore, totam pecuniam obsignavit, et deposuit quod, pro solutione est. *L. 1. in fi. L. debitor. L. tutor, §. Lucius, hic. L. acceptam, Cod. eod.* Aliter enim sola oblatione, aut partis obsignatione non exoneratur. *L. evictis, in fin. d. L. tutor, hic.* Item si de sorte judicio actum est, et judicium sententia judicis finitum. Ad diem enim sententiæ debitor usuras debebit. Post condemnationem, quamvis pecuniam adhuc debeat, usuras tamen non præstabit. *L. 1.*
72 *§. ult. hic.* ┼ Judicati enim actione prior contractus novatur, ac mutatur, transferturque totus in novam caussam judicati, *L. ult. §. 1. vers. Si enim, C. de usur. rei jud.*

73 Quid ergo ┼ si judex eam sententiam ferat, ut, si tardius sententiæ condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur usuræ? Saltem hoc casu fortasse usuræ post condemnationem debebuntur vel ex sententia. Sed negat Papinianus, in judicio bonæ fidei. in ea re, quæ post sententiam accidat, judicem partes sua interponere posse. *L. 1. hic.* scilicet quia officio ejus in iis judiciis usuræ debeantur ex mora. *L. quia tantundem, de neg. gest.* Id autem officium postquam sen-
74 tentiam dixerit, cessat. Nam et judex tum esse desinit, *L. judex de re judicat.* Ut merito dixerit Paulus ibidem notans, nihil pertinere ad officium ejus futuri temporis tractatum. Quod si usuræ ex stipulatione debeantur non mihi quidem videtur ille de iis etiam post condemnationem pendendis male esse pronunciaturus, quia ea condemnatio jam præsentem caussam habeat, de qua pronunciet, nempe stipulationem. Hucque referendum puto rescriptum DD. fratrum in *L. 1 C. de senten. quæ sine cert. quant. prof.* Facit pro hac sententia, quod Papinianus nominatim de judicio bonæ fidei loquitur, et eo, in quo ex officio judicis usuræ debentur, idest, ex mora.

Hoc loco de præteritis usuris quæ jam
75 ante cesserant, quæritur, ┼ an peti possint, cum debitor bis modis liberatus erit, quos diximus. Et exstat Justiniani constitutio. *L. eos, in princ. C. eod. tit.* qua negat, liberato prorsus debitore sive ipso jure, sive per exceptionem, quod minus est usuras præteriti temporis peti posse. Principali enim actione non subsistente, supervacuum esse ait super usuris, vel fructibus adhuc judicem cognoscere. Loquiturque generaliter de omnibus usuris, etiam iis, quæ per stipulationem debentur. In qua constitutione animadvertendum est, non ideo removere illum usurarum actionem, quia per longissimum tempus solutæ non sint, sed quia sors ipsa desierit deberi, qua sublata non sit accessioni locus. *L. cum principalis, de regul. jur. L. 1. 2. de pecul.* ┼ Diversum est, si per se 76 annum aliquid debeatur, vel ex testamento, vel ex stipulatione. Non enim si per totos triginta annos nihil ex ea caussa solutum sit, ideo tota obligatio perimetur: sed eorum duntaxat annorum, post quos alii triginta anni intercesserint: sequentium autem integra erit petitio, quia scilicet singulorum annorum, vel mensium, vel pensionum denique sua sit obligatio, quæ suo quæque tempore incipiat. Et ideo a quo anno, vel mense, quo rem quamquam præstari oportet ea præstita non erit, si triginta anni non intervenerint, manebit, ejus temporis actio. Nec ad rem pertinet, quod alia actio principalis sublata sit, quia hæc ipsa annua obligatio principalis est, non ut usurarum accessoria. *L. cum notissimi, §. ult. de praescript. 30. annor.*

Sed cum reo condemnato, sit adhuc judicati actio qua teneatur, non immerito dubitari potest, ┼ si judex nihil de usuris 77 eo judicio pronunciaverit, nec sit provocatum, num de usuris superioris temporis quæ competierant, actio moveri possit. Et constat. In bonæ fidei judiciis, si judicatum sit, moveri non posse. Est enim in his non actio sortis ex contractu debitæ, circa cujus executionem ratio usurarum officio judicis habeatur. Id autem postquam judicatum fuerat: cessat: *L. 4. C. depos. L. in bonæ fidei, C. eod. tit. L. centum Capuæ, et L. ult. de eo, quod cer. lo.* Num igitur idem probandum est, si usuræ per stipulationem promissæ sint? Quomodo enim cum semel cœperit actio, invito creditore, tolletur? *L. habere, in fin. §. de evict.* Et magis est, ut de his creditor eo usque agere possit, donec a debitor satisfactum fuerit. Non enim, hæc caussa recte superioribus per omnia comparabitur, quia adhuc qui damnatus est, pecuniam debet tametsi in actionem judicati actio transfusa est. Illic autem nulla actione debitor tenetur.

Altera ┼ caussa est, cur usuræ non de- 78 beantur, si manente etiam obligatione creditor eas omiserit. Id autem fecisse intelligendus est non tantum si ita convenerit: (quod si isto modo fieret tantum, nihil nunc diceremus. Nullam enim ista res dubitationem habet) sed etiam ex rescripto D. Pii. quod huc pertinet, si per longum tempus earum petitionem creditor omiserit. *L. cum quidam,*

§. 1. *L. qui semisses, in prin. hic.* Longum tempus accipe, ut in præscriptionibus, decem inter præsentes, vel viginti inter absentes ut indicat Rubrica *de præscript. long. temp.* 10. *vel* 20. *anno.* Atque hoc modo, cum exceptio adversus creditorem nascatur, quasi eas omiserit, nec petendas putaverit: apparet non tantum in futurum eas exigi non posse, sed ne eas quidem, quas creditor tandiu petere destiterit. *d. L. cum quidam* §. 1.

79 Reliquum † jus est de usuris, ut, quamvis manente obligatione, nec quicquam omittente creditore, tamen cum ad duplum sortis earum quantitas excreverit, amplius exigi non possint. *L. pen. C. hic.* Quod jus ita acceptum erat ex constitutionibus, ut usuræ per tempora solutæ, idest per vices suis quæque temporibus, non proficerent reo ad dupli computationem, sed tunc demum, cum tempore solutionis summa usurarum excederet eam computationem: ut puta si per ducentos et eo amplius menses in usura solvenda cessatum sit, et ea summa totius præteriti temporis nunc petatur. De qua re exstat rescriptum Antonini in hæc verba: *Usuræ per tempora solutæ non proficiunt, reo ad dupli computationem.* Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem. *L. usuræ, C. eod. tit.* Sed hoc emendatum est, postea, et constitutum a Justiniano, ut particulares etiam usurarum solutiones in duplum computentur. *Novell.* 121. *et* 138.

80 Obiter autem hoc loco † de rescripto Antonini, quo illa interpretatio accepta erant, admonebimus (quando de eo magnam fuisse dubitationem inter viros doctos video) nihil referre, utrum affirmative legamus, hoc modo: *Tunc enim ultro sortis summam usuræ exiguntur*; an negative, *usuræ non exiguntur.* Quamquam enim verum est usuras supra duplum exigi non posse: non tamen, qui dicit eas supra duplum exegi, cum tempore solutionis summa usurarum excedit duplum, ideo etiam id jure fieri dicit. Sed legem Antoninus de non exigendis usuris supra duplum interpretatur, ut si constiterit, supra duplum aliquid peti, continuo intelligatur jure id fieri non posse, nec amplius usuras exigi. Sic utraque lectio eandem vim habet.

C A P. I I.

De Nautico Fœnore.

S U M M A R I A.

1. Fœnus nauticum, usura nautica, *sive maritima quid sit, et unde nomen traxerit. et* n. 4.
2. *Ejus modus. et* n. 6.
3. *Ex sola conventione citra stipulationem peti potest.*
4. Trajectitia pecunia *quæ et unde dicatur. et* n. seqq.
8. *Navigat periculo creditoris.*
9. *Usuris nauticis periculi pretium continetur.*
10. *De pretio periculi. Exponitur* L. periculi pretium, 5. D. de nautic. fœnor. n. seqq.
11. *Differentia inter aleam, et conventiones promissionesque conditionales.*
13. *Quod in alea lusum est nec debetur, et repeti potest.*
14. *Conditionis impletæ effectus tum quod usuras nauticas, tum quoad pœnam promissam.*

Atque hæc de usurarum omnium jure in universum nobis exposita sunt. Sed cum antea trajectitiæ pecuniæ mentionem fecerimus, quo in genere de usurarum ratione jus a cæteris caussis longe diversum, ac prope singulare esse docuerimus: nunc res postulat, ut quod illic commode non potuimus, nisi ordinem docendi institutum impedire vellemus, hoc loco, quid sit trajectitia pecunia, et quæ sit istius singularis juris ratio, omnino que quæ sit sententia ejus Tituli, qui *De nautico fœnore* inscribitur, separatim explicemus.

1 † Nibil est enim aliud fœnus nauticum, sive usura nautica, sive mavis cum Paulo *maritimam* dicere, *L. fœnerator, hic.* nisi usura, quæ in hoc genere trajectitiæ pecuniæ observatur. Ac juris quidem in bis summa hæc fuit. Cum enim statuissemus, usuras communiter neque citra stipulationem promissas, deberi, neque amplius quam bes-

ses in mercatorum negotiis fere exigi posse : utrumque hoc in pecunia trajectitia diver-
2 sum esse diximus. Nam † et centesimas usuras, idest, maximas, hic stipulari licere ostendimus ex constitutione Justiniani in *L. eos, C. de usur.* cum antea quascunque stipulari
3 liceret *L.* 4. *hic.* et † præterea has ipsas ex solas conventione citra stipulationem promissas peti posse. *L. quibusdam, hic.* Quid sit igitur, trajectitia pecunia, cognoscendum est.

4 Trajectitiam pecuniam † eam dicimus, quæ trans mare vehitur, periculo creditoris, *L.* 1. *hic.* ut appareat, *trajectitiam* dictam esse a *trajiciendo*, quod scilicet trans mare *trajicitur.* Ex quo etiam usura ipsa nomen habet Quia enim pecunia hæc mari vehitur, idque efficitur opera nauticum navibus, usura etiam, quæ pro ea pecunia penditur, ex re ipsa, et *nautica, et maritima* est appellata.

Sed, quam vim habeat superior illa definitio, paulo pluribus considerandum est, ne usuram trajectitiam eam, quæ non sit, accipiamus, et ob id in usurarum nauticarum jure hoc errore labamur: Placet igitur pri-
5 mum, † trajectitiam eam esse, quæ trans mare vehitur: ut si eodem loco pecunia consumatur, in hoc numero non sit. Verumtamen intelligendum est, eam etiam pro trajectitia habendum esse, quæ ibi consumatur, si modo ex ea merces comparatæ sint, quæ periculo creditoris traiicerentur eadem ratione. *L.* 1. *hic.* Idemque de omni alia dicendum est, quæ ipsius pecuniæ trajectitiæ caussa a creditore impendatur, utputa si quid pro operis servi trajectitiæ pecuniæ caussa secuti, proque omni alia pecunia, quæ propter absentiam servi creditori, abest, creditor usurarum nomine stipuletur. Nam
6 † et centesimam stipulari potest, eaque exigi poterit eatenus, ut ne ultra duplum debeatur. *L. nihil, hic.* Quamvis enim nautica usura sit, licueritque vel maximas usuras olim propter periculum pecuniæ stipulari; non tamen aut usura usurarum, aut ultra duplum exigi potest. *L. si non sortem, in princ. de condic. indeb.*

Non est satis pecuniam trans mare vehi, ut trajectitia sit, et in ejus pecuniæ usuris aliquid diversum a cæteris observetur. Hoc
7 † addendum est, pecuniam trajectitiam esse, si modo periculo creditoris traiiciatur, idest, hac lege, ut ita demum petitio ejus sit, si navis salva intra statuta tempora pervenerit, *d. L.* 1. *L. fænerator.* Versic. *sed cum trajectitia. L. in quibusdam, hic.* Quo fit, ut sive pecunia sine periculo creditoris accepta sit : sive post diem constitutum, et conditione impleta periculum creditoris esse desierit, jam majus aliis usuris legitimis fœnus non debeatur: in priore quidem specie, semper: in altera vero, discusso periculo. Verba sunt Papiniani *L. nihil, hic.*

Cum autem periculo creditoris pecunia navigel, apparet, † si interim navis perierit, 8
debitorem nihil debere, eoque nec merces, si quæ in ea nave fuerunt, debitoris creditoris obligatæ, nec si alibi aliæ fuerunt, eas amplius teneri. Frustra enim de pignore quæritur, cum nulla est obligatio principalis. Huc pertinet *L. fænerator, hic.* Neque vero mirum est, maxime usuras in hac caussa stipulari licere, atque eas etiam ex pacto debe-
ri. † Non tam enim illæ usuræ sunt, quæ 9
supra trajectitiam pecuniam exiguntur, quam precium ejus periculi, quod creditor interim sustinet, et præstat, si conditio deferit. *L. periculi, hic.*

Ex quo quidem a Scævola tractatum est,
† an similiter idem admittendum esset in 10
omnibus caussis, in quibus conditio quævis adjecta esset, qua existente, aut non existente, pecuniam creditor recepturus esset ; contra autem existente, amissurus, ut augeri obligatio pecuniæ creditæ posset vel solo pacto. Et putat, eadem de caussa esse admittendum, videlicet quia ejusmodi omnis pecunia, quæ præter sortem in his caussis in conventionem deducitur, non tam usura videri debeat, quam ejus periculi precium quod in iis conditionibus interim creditor sustinet. *L. periculi, hic.* Cujus rei exempla hæc affert : si pecuniam ad apparatum manumissionis, vel ad profectionem tibi credidissem, ut, si manumittas quos voluisti, pecuniam mihi cum usuris, aut alia summa reddas : si hac conditione, ut, si illud facias, reddas ; non reddas, si non facias : si medico credidero, ut, si convalesceret, non redderet ; reciperem autem, si intra illud tempus non convaluero. Nonnullaque item alia ab illo explicantur, in quibus omnibus putat, conditione pænali quavis, quæ vel expressa erat, vel intellecta existente, qua existente convenit, ut pecuniam reciperem, non tantum ipsam pecuniam, quæ credita est, exigi posse: sed etiam quod præter sortem vel solo pacto promissum est, propter periculum.

Excipit Scævola † eas caussas, in quibus 11
pecuniam dando, res in aleæ speciem cadit. *Si modo,* inquit, *in aleæ speciem non cadat.* Deinde exempla subiicit ea, in quibus ostendat rem in aleæ speciem non cadere. Cujusmodi sunt, *ea,* inquit, *ex quibus conditiones* nascun-

tur, vel *nasci solent*, significans, eas conventiones ab aleæ specie remotas esse, in quibus conditio ducta est ex iis factis, quæ usum in rebus et negociis humanis habent, et ex quibus vulgo conditiones nasci solent, tametsi eæ conditiones ex fortuna forte pendeant, ut illa, *si pisces ceperis*, *si viceris*, quæ postea ab eo subjiciuntur. Ex quo illas in aleæ speciem cadere innuit, cum sola recipiendæ pecuniæ spes sine ullo alio negocio civili aut ex fortuito tesserarum jactu aut punctorum conversione, ut in chartis nobis suspenditur, in quibus omnibus inest alea. Denique cum lucrum ex alea captatur hac conditione puta, ut si ille jactus ceciderit, pecuniam amittam: sin minus, ut eandem pecuniam, et alterum, tantum recipiam. Qui-
12 bus † non dissimile est, quod in eo ludicro fit, quod vulgo et in Gallia, et in Italia exercetur, quam *Blancam* vocant, cum pecunia ita confertur a multis, et magistro ludi datur, ut si qua chartula ad nomen responderit forte sumpta: is, cujus nomen est, præter pecuniam aliquid ferat. Has conventiones nimirum improbat Scævola: quia in
13 speciem aleæ cadant. † Certum autem jus est, nec de eo, quod ex alea debetur, actionem esse: et de eo, quod amissum est, esse repetitionem. *L. 2. 3. et ult. supra de aleatoribus.*

Restat, ut, cum trajectitia pecunia, aut alia simili aliqua conditione data est, ejus conventionis vim consideremus. Et apparet,
† cum conditio evenerit, pecuniam peti 14
posse cum usuris. Quid, si convenerit, ut intra certum tempus ea solveretur, et nisi daretur, pœna subjecta est, ut fieri assolet? Et extant de hujus generi conventione, quando pœna committatur, nonnulla capita sub hoc titulo ad hanc sententiam, ut si eo die pecunia soluta non sit, qui primus solvendæ pecuniæ venit; pœna committatur, etiam si nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet. *L. ult. hic.* Nec injuria, cum ea pecunia ex conventione, non ex mora debeatur. Quod tamen sic accipiendum est, nisi ante ea pecunia creditori oblata sit, ac per eum steterit, quominus eam acciperet. *L. penult. hic.* Non enim, ut de mora disputavimus, debet reus teneri conditione existente, qui non teneretur, si moram creditor in pecunia accipienda non fecisset. *L. qui decem. de solut.*

Dixi de usuris. Nunc dicam de fructibus, qui rebus petitis, una cum re veniant, et quo ex tempore eorum ratio in singulis judiciis habeatur.

CAP. III.

De Fructibus.

SUMMARIA.

1. **Fructus** *unde dicatur.*
2. **Frui** *quid sit.*
3. *Fructus proprie quid sit.*
 4. *Quid in latiori significatione,* et n. seqq.
5. *Fructus rei est etiam pignori dari licere.*
6. *Usuræ vicem fructuum obtinent.*
7. *In bonæ fidei judiciis ratio habetur moris, et consuetudinis.*
8. *In omnibus judiciis post litem contestatam fructus cum re petita restituendi, etiam qui percipi potuerunt.* et n. 51.
9. *Judici omnium rerum officium incumbit, quæcunque in judicio versantur.*
10. *Judicis officio tale quidque reddendum, quale fuit, cum peteretur.*
11. *Nec nudæ proprietatis, neque ususfructus petiti computantur fructus.*
12. *Fructus ante litem contestatam percepti an veniant in restitutionem. Ac primum an restituendi in actionibus in personam,* et n. seqq.
13. *Veniunt, si convenerit, ut cum re et fructus præstarentur.*
14. *Quid contineatur fideicommisso si heres rogatus sit* quicquid ex bonis supererit *post mortem suam restituere, vel* quicquid ad se pervenerit *ex bonis defuncti restituere.*
15. *Stipulatio* rem dari, vacuamque possessionem tradi, *quid contineat.*
16. *An rei debitæ fructus post moram debeantur,* et n. seqq.
 Debentur in bonæ fidei judiciis, in legatis, et fideicommissis; non tamen in aliis judiciis stricti juris. ibid.

17. *Contrariis argumentis occurritur*, et n. seq.
19. *Id quod interest, in strictis judiciis post moram debetur ex obligatione faciendi non ex obligatione dandi* et n. seq.
20. *Bartoli sententia rejicitur.*
21. *Fructus in strictis judiciis debentur, ex eo die, quo primum condictio nata est, ubi rem nostram petimus, quæ apud alium sine caussa sit. Exponitur* L. videamus, 38. D. de usur. *et n. seqq.*
23. *In condictione ob caussam dati, caussa non secuta, quorum fructuum ratio habeatur*, et n. 24.
25. *Fructus ex quo tempore sint restituendi in actionibus ex maleficio.*
26. *Ex quo tempore in actione Pauliana, et Faviana.*
27. *De fructibus restituendis in actionibus in rem* et n. seqq.
28. *Quos fructus malæ fidei posessor, et quæ actione restituere cogatur.*
29. *Quos fructus restituat bonæ fidei possessor*, et n. seqq.
30. *Bonæ fidei possessor quis.*
31. *Bona fides præsumitur.*
32. *Fructus pendentes sunt pars fundi.*
33. *Fructus non jure seminis, sed jure soli percipiuntur.*
34. *Bonæ fidei possessor fructus perceptos suo facit, eos tamen, quos* industriales *vocant, non autem* naturales, *nisi consumptos*, et n. 36. 37. 47.
35. *Quid sit* percipere. *quid* fructus percepti.
37. *Exponitur* L. bonæ fidei, 48. D. de acq. rer. dom.
38. *Quinam fructus* industrialium *ut vocant, genere contineantur*, et n. 39.
40. *Quinam fructuum* naturalium *genere.*
41. Pratum *unde dictum.*
42. *Fructus bonæ fidei possessori acquiruntur simul; atque a solo separati sunt, a quocunque.*
43. *Bonæ fidei possessor fructus perceptos, et nondum consumptos non restituit*, et n. seqq.
44. *Ad judicis officium pertinent quæ post litem contestatam, non quæ ante acciderint nisi in judicium deducta sint.*
46. *Fructus* extantes *Auctori sunt fructus pendentes.*
48. *Bonæ fidei possessor fructuum consumptorum nomine an teneatur, quatenus locupletior factus est.*
49. *Fructus, et pretia rerum hereditariarum computantur in hereditate.*
50. *Rei vindicatione non petuntur, nisi res, quæ extant, quasve possessor dolo malo desierit possidere.*
52. *An post rem judicatam fructus restituendi*, et n. seqq.
53. *Tempus, quod judicatis datur, dilationem, non lucrum affert.*
54. *Moram facere quis non intelligitur quo tempore per leges conveniri non potest.*
55. *Officium judicis idem prope in judiciis arbitrariis, atque in bonæ fidei judiciis.*
56. *In utrisque in litem juratur.*
59. Dependere *quid significet.*
60. *Ex fructibus restituendis deducuntur impensæ eorum gratia facto, etiam a malæ fidei possessore.* et n. 61.
62. *Fructus intelligitur deductis impensis.*
63. *Lucrum intelligitur deducto damno.*

Sed primum videndum est de verbo, cu-
jus vis late patet. Aliter enim quod quæri-
mus, et quid in hanc restitutionem *fructuum*
1 nomine veniat; intelligi non potest. Ac † *fru-*
2 *ctus* quidem a *fruendo* dici constat. † Est
autem *frui* re aliqua, quæ ejus rei commoda,
sunt, percipere, eaque ipsa ad usum suum,
utilitatemque transferre. Hinc fructus rei,
quicquid res ad usum nostrum pariat. Ita-
3 que † proprie fructus dici eos certum est,
qui ex corpore cujusque rei percipiuntur, ut
ex agris frumenta, legumina: ex arboribus
nuces, poma: ex animalibus animalium fœ-
4 tus, lac, pilus, lana, et cætera ejusmodi. †
At hac similitudine omnis obventio, omnis-
que reditus, qui ex re quaque percipitur,
etiam si extrinsecus venit, generaliter vel
fructus dicitur, vel in fructu numeratur. *l. usufructu legato. de usufruct.* Cujusmodi sunt prædiorum urbanorum pensiones, quæ ex locationibus percipiuntur, cum alioqui prædia ex sese nullum fructum pariant: itemque cæterarum rerum locatarum mercedes, servorum operæ, vecturæ navium, atque jumentorum. *L. ancillarum. et L. mercedes, de petit. hæredit. L. Prædiorum. et L. videamus, hic. L. cum servus legatus.* §. 1. *de legat.* 1. Ex quo efficitur, ut, cum de fructibus restituendis agetur, ista omnia æstimentur, in eamque restitutionem veniant, *d. L. videamus, et L. cum servus, de legat.* 1.

Quin etiam si res erit aliqua incorporalis, puta jus eundi agendi, quod petitum sit, in fructibus numerabitur, si quod erit commodum ejus, quod petitor habere posset, si sibi ea re uti licuisset: ideoque id æstimabitur etiam in rei restitutione. Finge, aliquo incommodo esse affectum, dum d. illi iiure aut

longiore via usu est, et pluris ob eam caus-
sam operaa in fundum conduxisse, aut etiam
aliunde servitutem vel emere, vel pluris con-
ducere coactum. *d: L. videamus, in fin. hic.*

Itaque res eo evasit, ut in fructu cujusque
rei esse intelligatur commodum omne, omnis-
que utilitas, quam ex usu ejus rei percipere
5 liceat. Inde dictum est, ✝ fructum rei esse,
vel pignori dare licere. *L. ult. hic.* Quid
enim, si dum fundum meum detines, et ejus
mihi controversiam facis, non potui pecuniam
mutuam reperire ad evitandam vel pœnam,
vel aliud incommodum ob id, quod fundum
non habui, quem pro ea pecunia pignori
darem, cum alioqui paratus esset qui mihi
pecuniam crederet, si certum pignus illi con-
stituerem? Hiccine parvum commodum rei
meæ esse intelligitur in eo, quod pignori
dare potuit? Ergo hoc commodu quia carui,
quod rem non dares, id similiter, ut in fru-
ctibus æstimabitur.

6 Hine etiam vere dictum est, ✝ usuraa vi-
cem fructuum obtinere: quippe quæ locata
pecunia ex ejus usu percepi possint. *L. usu-
ræ. hic.* Quam ob eaussam fit etiam, ut earum
ratio in bonæ fidei judiciis, et legatis post
moram habeatur: scilicet, quia in his post
moram debeantur fructus. Hæ vera tamen in
fructu non sunt: quia neque ex corpore rei
percipiantur; neque, si verum judicare vo-
lumus, ex ex usu rei, eum pecuniæ nullus
sit usus nisi pecunia consumatur. Qui usus
rei non est, sed abusus. Quod pertinet *L.
usura, de verb. significat.* Quo fit, ut nec post
litem contestatam in stricti juris judiciis usu-
ræ peti possint, eum alioqui omnes fructus
rei ex eo tempore æstimentur. Nimirum in
7 iis rem, uti est, sic expendimus. ✝ In bonæ
fidei judiciis moris, et consuetudinis ratio
ducitur. *L. quod si nolit, §. quia assidua, de
ædil. edict.* Moris autem est pecuniam fœ-
nerare, ex qua usuram colligamus. Ideoque
earum in his judiciis rationem habemus.

Ac de vi bujus verbi satis. Nunc ubi fru-
ctus, et ex quo tempore restituendi sint, vi-
8 deamus. Jam ✝ primum illud extra omnem
controversiam est, in omnibus tam in perso-
nam, quam in rem actionibus post litem
contestatam fructus omnes esse una eum re
petita restituendos, non modo eos, qui perce-
pti sunt, sed etiam percipi potuerunt. Si qui-
dem omnis caussa post id tempus restituenda
est, hoc est id omne, quod petitor baberet, si
eo tempore, quo res petita est, restituta esset
in quo genere sunt fructus. Id quod eum
primo in actionibus in rem constitutum esset,
*L. illud, de petit. heredit. L. præterea de rei
vindicat.* post etiam ad extremum in actioni-
bus in personam receptum est *L. videamus,
§. si actionem, hic. L. cum fundus, in prin. si
cert. pet.* Quod nunc non ita dicimus, si mo-
ra facta sit, fructus post litem contestatam
esse restituendos: sed etiam si facta non sit.
L. 3. hic. Id ex eo efficitur videlicet, quod
✝ judici statim, atque judex factus est, om- 9
nium rerum officium incumbit, quæcunque
in judicio versantur: ne cui forte novum vi-
deatur, ejus rei in stricti juris judiciis ratio-
nem haberi post litem contestatam, cum res
ipsa deberetur, non fructus. *L. Ædiles, §.
sciendum, de edil. edict.* ✝ Est autem longe 10
æquissimum judicis officio tale quidque red-
di, quale est, cum petitur. *d. L. vulgo, L. vi-
deamus, §. si actionem, hic.* Quod sane non
hoc loco tantum, sed in omnibus aliis, cum
fructus restitui dicemus, sic accipiendum erit,
si etiam rei petitæ ulli sint fructus. ✝ Quid 11
enim, si res petita sit ab eo, qui nudæ pro-
prietatis dominus erat? hic quidem, re etiam
recepta, nullos fructus percepisset. Quid, si
ususfructus petitus sit, ususfructus fructus non
recte computabitur. Quod ego non monerem,
(est enim in promptu) nisi apud Cajum bic
exstaret in *L. videamus.*

Ac post litem quidem contestatam de fru-
ctibus restituendis, ut dixi, jus certum est.
✝ Num etiam qui ante litem contestatam 12
percepti sunt, æstimandi sint, saltem post
moram, juris est non perinde explorati. In
quo explicando genera actionum nobis di-
stinguenda sunt. Aliud enim in actionibus
in rem juris est de possessoribus rerum no-
strarum, aliud in actionibus in personam de
iis, qui nobis rem aliquam ex obligatione
debeant, in qua reddenda moram fecerunt.
De actionibus in rem posterius videbimus.
Nunc de actionibus in personam dicemus.

Ac primum ✝ neminem hic juste dubita 13
turum arbitror, si ita convenerit, ut una eum
re fructus quoque ejus statim præstarentur,
quin ex ipso obligationis contractæ die fru-
ctus peti possint, quia id ita actum sit. Cujus
rei in legatis exempla sunt, ✝ si rogetur he- 14
res, quicquid ex bonis supererit, post mortem
suam Titio restituere, in quo non tantum
corpora, quæ supersunt, sed fructus omnea
jure voluntatis post mortem heredis restitui
oportet, si quis item rogatus sit, quicquid ad
se pervenisset ex bonis defuncti, id alii re-
stituere: in quo omnia quæ ad illum perve-
nerunt, continentur: quamvis forte restitu-
tio ejus fideicommissi in certum tempus di-
lata sit favore fideicommissarii. *L. 3. §. non-
nunquam. et §. sequen. cum Pollidius. L.
mora. §. 1. et seq. hic.* Idemque in omni sti-
pulatione, atque alia conventione intelligen-

dum est, si nominatim id convenerit. Cujus
15 generis exemplum est in hac stipulatione. † si quis ita stipulatus sit, *rem dari, vacuamque possessionem tradi.* Hic enim propter inferiora verba, *vacuamque possessionem tradi*, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu creditor consequetur, ut Papinianus *hoc Titulo* scribit in *L. 4.* Non quod horum verborum, si per se sola in stipulatum deducta sint ea vis sit, ut fructus iis contineantur: *L. 3. §. 1. de act. empt.* Sed quod in stipulatione proposita illis verbis superioribus, *rem dari*, subjecta non aliam sententiam habere intelligantur, nec ob aliam caussam adjecta, nisi ut non res solum, sed fructus etiam rei caperentur. Alioqui, ut fructus non præstentur, satis erat quem stipulatum esse rem dari. Nunc cum illud præterea adjecerit creditor, *vacuamque possessionem tradi*, non rei solius datione contentus fuisse videtur, sed præterea aliud requisisse, nempe, idest non vacuam rei possessionem, sed effectum vacuæ possessionis cogitasse. Nisi forte frustra hæc verba inferiora adjici putamus. Quod admittendum non est, arg. *L. si quando, in princ. de legat. 1.* Itaque non singulas basce stipulationes, *rem dari*, aut, *vacuam possessionem tradi*, fructus continere, nunc dicimus. Multis hoc quidem locis, minimeque dubiis testatum est, non contineri *d. L. 3. §. 1. de act. empt. L. si filiusfam. §. ult. L. in conventionalibus, §. ult. de verb. obligat.* Sed quod hæc verba inter se conjuncta, et conduplicata sint: id vero esse caussæ dicimus, cur in ea stipulatione fructus contineantur. Continetur etiam et partus, quanquam hic in fructu non sit. *L. equis, L. in pecudum, hic.* Qui tamen non contineretur, si solum *rem dari* quis stipulatus esset. His enim verbis sive factum nudum rei promittendi speciem, nihil aliud continetur, nisi ut res, quæ promissa est, tradatur: sive effectum dominii transferendi cogites, ut re danda creditor dominus efficiatur: nihil, nisi res ipsa dari debebit. Est enim aliud res ipsa, aliud rei partus. Idemque etiam vel multo magis in emptore dicendum sit, si idem novandi animo stipulatus fuerit. Quia hoc casu venditor, non de effectu dominii cogitasse, sed de tradenda solum re intelligatur. Veruntamen, ut dixi, propter inferiora verba partus etiam continebitur *d. L. 4.*

Sed ne hæc quidem, ut proposui, ullam dubitationem habent, in quibus voluntas
16 contrahentium, aut testatoris jus facit. † De eo queritur, si res sola aliqua in obligatione erit, quæ tamen non statim a debitore soluta sit, qui fructus interim ex ea re aut percepti sunt, aut percipi potuerunt, si statim soluta esset: utrum una cum re petita hi æstimandi sint, necne, si minus ex quo res deberi cœpit, at saltem post moram debitoris. † Et receptum est in bonæ fidei judi- 17
ciis, nec non in legatis, et fideicommissis post moram omne commodum rei petitori præstandum esse: ita etiam et fructus, et partus. *L. 3. in princip. L. equis. L. mora, 1. L. usuræ. hic.* In stricti juris judiciis nullo modo, nisi pro jure perpetuo quod a nobis supra expositum est, tum, cum judicium acceptum fuerit. *L. videamus, §. si actionem, hic.*

Nec moveor, † si quis objiciat etiam in 18
his id, quod interest, præstandum esse post moram: ergo etiam fructus, cum nostra intersit fructus percepisse. Nam † in ea sum 19
sententia, ut ne id quidem, quod interest, post moram in strictis judiciis venire putem in re debita non soluta: tantumque existimem, id præstandum esse in faciendi obligationibus, cum id factum non est, quod fieri deboit, *L. si quis ab alio, §. ult. L. si calendis, de re judicat. L. stipulationes non dividuntur. §. Celsus, de verb. obligat.* Itaque concedam, eum, qui certa die fundum præstari stipulatus sit, si per promissorem steterit, quominus eo die præstetur, consequi debere, quanti intersit sua moram factam non esse: scilicet quia eo die factum non sit, quod fieri debuit, ac non propter moram tantum. *L. si fundum, certo die, de verb. obligat.* Illud non concedam, qui rem simpliciter dare promiserit, si interpellatus moram fecerit, ex eo tempore fructus, vel quod interest, stipulatorem consequi posse, quia verum non sit, reum non fecisse quod promisit: Ut enim hodie non det, cras tamen dare poterit. At hoc solum dare promisit.

Quod si certus dies adjectus sit: hic quoque haud scio, an recte dixerim, id quod interest, ex eo tempore præstandum esse, propterea quod id actum sit. Et sane de mora non aliud constitutum est in his judiciis, nisi ut post moram perpetuetur obligatio. *L. si servum, §. sequitur, de verb. obligat.* Quo non arguitur, etiam fructus ex eo tempore, cæterasque accessiones deberi. Ut enim, cum res ipsa extat, quæ in stipulatum deducta est, non idcirco fructus deberi intelliguntur: ita nec cum res extare fingitur, quod fit post
moram. Nam † illud non est probabile, 20
quod a Bartolo in hac re dicitur, fructus quidem peti posse mora facta, verum non tanquam fructus, sed tanquam id, quod interest. Et addit longe hæc diversa esse. Quid enim si homo aliquis nobilis fundum petat

ab homine rusticano? Potuit, inquit, rusticanus iste fundum, ut pro instituto vitæ diligentissime exercendo, uberrimos fructus capere: non item nobilis, qui tantum operæ in colendo non sumeret. Sic fit, ut si post moram fructus præstandi sint, ii sint præstandi, quos rusticanus possessor perciperet. Sin tanquam id, quod interest, in restitutionem, et condemnationem veniunt: id tantum æstimandum sit, quod ipse petitor percepturus fuerit. Idest enim, quod ejus interest, quod ipse habuerit. Quod quidem mihi ridiculum videtur. Quasi vero nobilis iste, quem fingit, alias operas rusticanas adhibere non potuerit, per quas eodem modo fundum colendo tantundem perciperet. Non enim hoc loco quærimus, quid ipse petitor per se ipse percipere potuerit, qui nunquam fortasse fundum attingeret: sed quid per alios. Quod cum de fructibus post moram agitur æstimandum est. *L. fructus. L. si navis, §. ult. de rei vindicat.*

21 Enimvero ✝ quod fructus negamus in stricti juris judiciis post moram præstandos esse, de iis actionibus accipiendum est, quibus eam rem petimus, quæ nostra non fuit: certe non ob id petimus quod nostra fuerit, sit autem apud alium sine caussa, *d. L. videamus, §. si actionem.* Quod si ea actio sit, per quam eam rem petamus, quæ nostra fuerit, ob eam caussam, quod sit apud alium sine caussa: quo in genere sunt omnes speciales condictiones de rebus nostris repetendis, quæ ad alios sine caussa pervenerunt, ut condictio ob caussam dati, caussa non secuta, condictio indebiti, condictio sine caussa: in hoc genere, inquam, non tantum res ipsa condicetur, sed etiam fructus. At non ex mora tantum, ut vulgo putant, sed ex ipso die obligationis contractæ, idest ex quo res nostra ad alium pervenit. Hucque referri debet, quod Paulus hic de iis tractat in *L. videamus, in prin.* quanquam parum ad id quidem, quod quærimus, enucleate. Fructus enim restituendos in iis esse dicit, neque illud explicat, de quo maxime dubitabatur, ex quo tempore. Deindeque omnes alias actiones, de quibus postea loquitur, confundit. In omnibus enim hoc solum scribit, fructus præstandos esse, ut in superioribus: cum tamen constet, magnum esse inter omnes eas discrimen pro ea distinctio-

22 ne, quæ hactenus a nobis exposita est. ✝ Sic igitur nobis his locus expediendus est, ut statuamus, in his actionibus, et condictionibus fructus omnes restitui debere, ex quo die primum nata condictio est.

De fructibus quidem perceptis dubitandum non est, quin eatenus restituendi sint, quatenus ex iis ad debitorem pervenerit. Naturalis enim in his restitutio est, nec quicquam magis naturale, quam ut quod nostrum est apud alium sine caussa, id restituatur, nec quisquam cum aliena jactura locupletior fiat. *L. 1. de condict. sine caus. L. indebiti. L. nam hoc natura. L. si non sortem. §. libertus. de condict. indeb. L. qui se debere. §. ult. L. cui quis, de condict. ob causs. dat.* De eo, sola prope quæstio, si quid ad possessorem pervenire potuit fructuum, nec pervenit: an æstimari d beat. Et ✝ puto, 23 dicendum esse, in eo genere, cum quid ob caussam datur, ut aliquid fiat, si id factum non sit, etiam eorum fructuum habendam esse rationem, quos bona fide percipere potuit. Hujus enim diversa est caussa a cæteris, quod qui ob caussam acceperit rem aliquam, scire debuerit, si ea caussa non sequeretur, rem sibi esse restituendam: ut merito interim eam non debuerit negligere, idque facere sit contra bonam fidem. Hucque pertinere interpretor rationem illam Pauli in *d. L. videamus,* cur debeat sponsus renunciata affinitate fundum doti acceptum restituere cum fructibus. *Quia,* inquit, *si aliter statuerimus,* idest si non conveniretur ad restituendos fructus, *liceret ei fundum negligere.* Quibus verbis declarat, non licere fundum in hac caussa impune negligere, eoque nomine, si neglexerit, teneri debitorem, etsi fructus non perceperit. Hoc eum in una caussa dotis ob caussam datæ a Paulo probatum sit: non est, quod putemus, in hac tantum caussa valere, ac non etiam in cæteris similibus. Veruntamen, ✝ dummodo 24 fundum hic non negligat, dum colat modo pro sua industria, etiam si plus percipere fructuum petitor potuit: nego, eorum fructuum rationem aliter habendam esse, quam si judicium acceptum sit: quia in his judiciis non præstentur fructus ante litem contestatam, aut si præstentur, ex caussa naturali præstentur, non ex mora.

His autem condictionibus similes sunt ✝ eæ actiones, quibus id, quod de nostro 25 ex maleficio apud alium est, repetimus: ut de vi interdictum, actio de eo, quod metus caussa, condictio furtiva. In quibus ex ipso tempore maleficii fructus omnes, atque omnis caussa repetitur: sed quæcunque esse potuit. *L. 1. §. ex die, unde vi. L. in re furtiva, §. ult. de condict. furt. et hic in L. videamus.* Quippe his actionibus id petimus etiam, quod nostrum fuit, et ob id petimus, quod sine caussa, ac maxima quidem injuria ad alium pervenit.

26 Quamobrem † non idem dicendum erit
in actione Pauliana, et Faviana, per quam,
quæ in fraudem creditorum alienata sunt,
repetuntur: tametsi perturbate admodum id
Paulus hoc loco significare videatur *d. L.
videamus*, §. *in Faviana*. In quo ego lu-
men docendi desidero. Sed, ut dixi, in iis
actionibus fructus ante litem contestatam
percepti a possessore non restituuntur, id-
que ex aliis locis constat. *L. ult.* §. *non
solum, quæ in fraud. credit.* Et ideo, inquam,
non restituuntur, quia non sine caussa ad
illum res pervenit, nec sine voluntate ipsius
debitoris, ejusdemque domini: sed ideo so-
lum repetitur ex edicto Prætoris, ne credito-
ribus fraus fiat.
Ac de actionibus in personam, quæ sit
in iis fructuum restituendorum ratio, satis
27 diximus. † De actionibus in rem, qui pos-
sessores quos fructus ante litem contestatam
restituere debeant, videamus. In quo longe
28 diversa est possessorum ratio. Nam † malæ
fidei possessor is, qui rem alienam esse non
ignoravit, nulla ratione fructus ex re aliena
perceptos suos facit, et ob id omnes restituere
cogitur: extantes quidem, necdum consum-
ptos, qoia ad dominum soli pertinent, rei
vindicatione; consumptos autem condictione
sine caussa, quia sine caussa apud illum sint.
*L. mala. C. de condict. sine causs. L. si
urbana, de cond. indeb. L.* 4. §. *post litem,
fin. reg. L. neque, hic. L. certum, C. de rei*
29 *vind.* † Bonæ fidei autem possessor, † qui
30 cum, a quo ex justa caussa rem accepit, aut
dominum esse putavit, aut jus transferendi
dominii habere (sic enim definitur in *L. qui
a quolibet, de contrah. empt. L. bonæ fidei,*
31 *de verb. significat.* † quod fecisse in re
dubia unusquisque existimatur, nisi contra
probetur. *L. penult. C. de evict. L. si cre-
ditor, C. de pigno. act. L. quoties*, §. *qui
dolo, de probat.*) hic, inquam, possessor quo-
niam jure gentium fructus suos certo modo
facere dicitur, alios autem nequaquam alii
acquiri: ex hoc jure quos restituere debeat,
quosque non debeat, æstimandum est. Nam
quos constiterit fructus illi non acquiri, eos-
dem etiam illum restituere debere consenta-
neum est. Quos contra intellectum erit ad
illum pertinere: hos illum dicemus non
esse æquum, minimeque consequens invitum
reddere.
32 Ac primum illud certum est, † extantes
adhuc fructus, et ut nunc intelligi volo,
pendentes, quique adhuc a solo separati
non sunt, partem esse fundi; *L. fructus
pendentes, de rei vindic.* eaque ratione fieri,
ut ad alium pertinere non possint, quam qui
ipse fundi dominus est. Ex quo Herennius
Modestinus *hic* respondit in *L. Herennius*,
fructus, qui post acquisitum ex caussa fidei-
commissi dominium ex terra percipiuntur,
ad fideicommissarium pertinere, licet major
pars anni ante diem fideicommissi ceden-
tem præterisse dicatur. Non enim refert,
quanto tempore fundus ab herede possessus
sit, fructibus adhuc pendentibus. Cum domi-
nium semel fideicommissario acquisitum
sit, † fructus autem non jure seminis, sed 33
soli percipiantur: *L. qui scit, hic:* non
possunt cujusquam alterius fructus esse in-
telligi, qui nunc in fundo reperiuntur,
quam ejus ipsius, qui fundi dominus est.
Eademque ratione etiam dominus una cum
re fructus quoque pendentes recte vindica-
bit, nec eos bonæ fidei possessor tanquam a
se satos retinere poterit. *L. si postea supra de
rei vindic.*
De perceptis et a solo separatis videa-
mus. † Jus in hac re tale est, bonæ fidei 34
possessorem percipiendo fructus etiam ex
aliena re suos facere, in iisque percipiendis
loco domini pene esse. Denique etiam prius-
quam percipiat, illius esse statim, ubi a solo
separati sint. *L. bonæ fidei, de acquir. rer.
dom.* † Id est enim percipere fructus, a solo 35
separare. Perceptique dicuntur, qui terra te-
neri desierunt. *L. usufructuarius messem, quib.
mod. ususfr. amitt.* Ex quo tempore illius
fieri dicimus.
Sed † intelligendum est, eos demum fru- 36
ctus ex hac caussa fieri bonæ fidei possesso-
ris, qui opera et cultura hominis pervene-
rint, veluti serendo: eos autem, qui sine
facto illius nati sunt, percipiendo, ejus non
fieri, veluti si pomum decerpserit, vel ex
sylva cæciderit. *L. fructus. hic.* Huc referri
debet, quod Justinianus in §. *si quis a non
domino, de rerum divis.* scribit, naturali ra-
tione fructus fieri bonæ fidei possessoris pro
opera et cultura. Quæ ratio ad eos fructus
pertinet, qui opera et diligentia pervenerunt.
Neque refragatur † Paulus, cum ita scri- 37
bit, bonæ fidei possessorem fructus perci-
piendo suos interim facere; non tantum eos,
qui diligentia et opera ejus pervenerunt,
sed omnes. *L. bonæ fidei, de acq. rer. do.*
Hoc enim jam inter omnes convenit, sic ac-
cipiendum esse, non solum eos fructus suos
facere, qui ejus diligentia percepti sunt, sed
omnes, etiam qui ejus diligentia et cura
non pervenerunt. Hocque ipsum est, quod
hoc titulo disputat Julianus in *L. qui scit*,
§. 1. Fructus in fundo alieno satos, qui bona
fide a Titio possidetur, fieri bonæ fidei pos-
sessoris, quamvis vel ab alio sati sint, vel

etiam ab alio a solo separati: id est omnes satos, quacunque tandem diligentia pervenerint, ac percepti sint, sive ipsius possessoris bonæ fidei, sive alterius cujusquam. Idque probat domini argumento, cujus fructuum esse diceremus a quocunque satum, et perceptum, si nemo alius bonæ fidei possessor esset. *Porro bonæ fidei possessor*, inquit, *in percipiendis fructibus id juris habet*, *quod dominis prædiorum tributum est* Ergo et illius fient fructus, quocunque tandem modo sati a solo separati fuerint.

38 Atque hoc loco, † quos fructus dicamus non sine opera et cultura hominis pervenire, intellectu facile est. In agris, exempli gratia, ii fructus opera nostra, et facto nascuntur, qui, ut nascantur, satione indigent, ut frumenta omnia, ut legumina, et segetes: vel qui, ut seri non necesse sit, sine cultu tamen exsistere non possunt. Quo in genere sunt vineæ, quæ, ut fructum ferant, magnam in primis possessoris culturam et diligentiam desiderant, nec sine ea diu fructum ferre possunt.

39 In animalium genere † omnis fructus, qui ex corpore percipitur, in hoc numero habeatur, puta agni, suculi, hœdi, omnisque pecudum fœtus, item earum pilus, lac, et lana. Et ideo scribit Cajus, agnos, vitulus, hœdos, suculos statim pleno jure fieri possessoris in *L. in pecudum, hic.*

Nec quenquam moverit, quod, ut ista nascantur, nihil opera hominis opus esse videatur, quod prægnans vacca sua sponte paritura sit: quod lac, pilum, aut lanam natura sua ferant. Hæc enim per se quidem nullam operam, et factum hominis, ut eveniant, desiderare videntur. Ipsa animalia desiderant, quæ, nisi pascantur, nisi alantur, nisi colantur, fructum omnino non ferant, ac ne ipsa quidem sine iis constituta sint. Itaque quod vivunt, et illa ferunt, culturæ acceptum ferre debemus.

40 Contra autem † is fructus sine facto hominis nasci intelligitur, qui neque sationem requirit hominis, et cum sata res fuerit, ex ea sua sponte deinceps sine alia hominis opera nascatur, veluti ex arboribus poma; quæ constat ipsas arbores sponte naturæ reddere. Ergo et olivæ bonæ fidei possessoris non fient: quæ nullam nec diligentiam, nec curam desiderant. De quibus Virgil. *Lib.* 2. *Georg.* ita scribit.

Contra non ulla est oleis cultura, nec illæ
Procurvam expectant falcem, rastrosque tenaces,
Cum semel hæserunt arvis, aurasque tulerunt.

Et quæ sequuntur præterea in eandem sententiam. Testis est etiam Plinius in principio *Lib.* 15. Nam quod Paulus in *L. si ejus*, §. 1. *de rei vindic.* de bonæ fidei possessore loquens, quem ait fructus percipiendo suos facere, exemplum de excussa olea affert, eo pertinet, ut intelligatur, quando perceptus fructus videatur, quod ille explicare volebat: non ut significet, hanc quoque fieri bonæ fidei possessoris. Illud quidem certe inter omnes constat, sine facto hominis tam nasci, quam reliqua poma: de quibus tamen extat Pomponii sententia in *L. fructus, hic.* In quo genere est sylva cædua, ut quæ succisa rursus ex stirpibus, aut radicibus sponte renascatur, *d. L. fructus, hic. L. sylva, de verb. signific.* Ejusdemque generis est et pratum, utpote in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus sit. Itaque † inde 41 dictum est, quod *paratum* esset ad fructum capiendum. *L. pratum, de verb. signific.*

Cum autem certi juris sit, superiores illos fructus facere suos bonæ fidei possessorem percipiendo: *L. fructus, hic. L. bonæ, de acq. rer. do.* sit autem hoc, ut dixi, *percipere* idem, quod a solo separare, ut jam amplius terra non teneantur: onde tot locis traditum, et inculcatum est, † fructus fieri 42 bonæ fidei possessoris simul atque a solo separati sunt, a quocumque separati sint, etiam si adhuc in solo ipso, unde decisi sint, jaceant: *L. qui scit*, §. 1. *hic L. bonæ fidei, de acq. rer. do. L. si ejus, de rei vind. L. si usufructuarius messem, quemad. usufr. amit.* cum, inquam, hæc ita sint: quid jam de horum restitutione, deque jure possessoris velimus apparet. † Sequitur enim, ut dicen- 43 dum sit, si bonæ fidei possessoris fiunt simul atque a solo separati sunt: cum res ipsa vindicabitur, et de iis jam perceptis, quamvis nondum consumptis, agetur, non debere illum hos fructus restituere. Omninoque sic statuo, fructus perceptos a bonæ fidei possessore, quamvis nondum consumptos, nullo modo restitui debere.

Non me fugit, cum id dico, quid suscipiam. Scio enim ab omnibus prope interpretibus juris eam sententiam magno consensu ad hæc usque tempora receptam esse, et quasi per manus traditam, ut fructus existiment adhuc extantes, id est, ut intelligunt, nondum consumptos restitui oportere. Nec quisquam est ex omnibus, quos quidem legerim, aut audierim, qui eam sententiam vel nutu infirmare conetur. Sed, si illud verum est, quod posui; atque ita verum est, ut nemo ex iis, qui contra sentiunt, negare ausit, bonæ fidei possessoris

fructus fieri percipiendo, id est simul atque a solo separati sint, ut non sit expectandum, dum consumantur, ut ejus fiant: non vereor, ne hoc, quod necessario consequitur, temere suscepisse videar, ut statuam, illum fructus perceptos, quamvis nondum consumptos, restituere non debere.

Pro qua sententia tam multa faciunt, ut mirum mihi quidem videri soleat, aliud illis in hac re probare potuisse. Primum illud, quod Julianus hic scribit in *L. qui scit*, bonæ fidei possessorem in fructibus percipiendis idem juris habere (de satis enim loquitur) quod dominis prædiorum tributum est. Ex quo ille colligere vult, quomodo si alius possessor bonæ fidei non esset, fructus domino fundi acquirerentur: eodem modo effici bonæ fidei possessoris, si ab ipso percepti fuerint. Quis autem dixit unquam, cum fructus a domino percepti essent illum restituere alii debere? Nisi forte putamus, bonæ fidei possessorem, cum fructus perceptos retinere non possit, tantum juris habere, quantum dominus, ad quem hi jure pertinent: nec, cum pertineant, eos restituere cogitur. Non enim ad rem pertinet, si quis dicat ideo tantum juris habere, quod his consumptis non teneatur. In percipiendis enim fructibus tantum juris habere dicimus, non in consumendis. Unde tam diligenter in hoc genere traditum est, quid sit percipere, et perceptos fructus videri simul atque a solo separati sunt. *L. si usufructuarius, quib. mod. ususfr. amit. L. bonæ, de acqu. rer. do.*

Eodem pertinet, quod idem Julianus subjungit, bonæ fidei possessorem cum fructuario comparans, plus juris eum habere in fructibus percipiendis, quam fructuarium. *d. L. qui scit*, *§. præterea*, *hic*. Non fuit contentus dicere idem juris: adjecit plus juris illum habere. Hoc autem fructuarii jus est in percipiendis fructibus, ut, eum ipse perceperit, quamvis stipula adhuc jaceat, fiat tamen ejus, et ad heredem suum id transmittat, quamvis existat proprietarius, qui, mortuo eo, fundum vindicet. *L. si usufructuarius messem, quemad. ususfr. amittit.* Sit ergo idem juris in bonæ fidei possessore, tanto magis, quod ipse plus juris in percipiendis fructibus habet, quam fructuarius, cum fructuarii fructus non fiant, nisi ipse perceperit: *d. L. si usufructuarius messem. L. si fur. de usur.* Bonæ fidei autem possessoris, a quocunque fructus percepti sint. *L. bonæ, de acq. rer. do.*

Eandem vim habet, quod Pomponius *hoc titulo L. fructus*, bonæ fidei possessorem cum marito comparat, cui res ab uxore donata est: ut quemadmodum hic percipiendo ex re sibi donata fructus suos facit eos, quos suis operis acquisierit, sic etiam bonæ fidei possessores eosdem suos faciant, et eodem modo. Cui autem dubium est hic fructus ipsius mariti fieri perceptos, etiam si nondum consumpti sint? diserte hoc ab Ulpiano scriptum est in *L. de fructibus de donat. inter vir. et uxor.* Si hoc mariti jus, sit etiam ex hac sententia bonæ fidei possessoris.

Iam illud, quam aperte hanc sententiam confirmat, quod Cajus scribit, agnos, et hœdos, et vitulos, quia fructu sint pecudum, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris? *L. in pecudum, hic.* Non dixit solum fieri, sed addidit pleno jure. Iam primum de extantibus, nec mortuis loquitur Cajus, eum dicat, eos fieri possessoris statim. Eo quidem tempore, cum nascuntur, vivi sunt. Sed nec qui mortui sunt, recte dicantur esse bonæ fidei possessoris: quia qui per se non sint fieri non possit, ut alicujus sint, sicut recte Cicero I. *Tuscul.* adversus imperitum adolescentem disputat, si mortui non sint, quod ille concesserat: ne miseros quidem esse mortuos, quia, ut miseri sint, etiam esse oporteat. Itaque ergo hoc intelligit Cajus fieri agnos bonæ fidei possessoris extantes, non mortuos, aut consumptos. Quid est autem quod addit, eos fieri pleno jure? An non id est sic fieri, ut ad plenum perfectumque dominium, et potestatem nihil desit? quomodo, usufructu ad proprietatem redeunte, dicimus, proprietarium incipere plenam habere in ea re proprietatem, *§. ult. de usufr. in Instit.* idest eam potestatem, ut nihil inde alii in ea jam liceat, totaque res in proprietarii jure, et potestate sit.

Est igitur valde absurdum dicere, eam rem pleno jure fieri bonæ fidei possessoris, quam invitus reddere cogatur. Quod quidem perinde est, ac si quis dicat, rem illius fieri pleno jure, nisi quod eam habere non potest. Cui non dissimilia sunt illa, cum dicimus, adesse alicui omnia, præter rem et amicos: nosse omnia, preter quam nare, et literas. Quæ quidem ideo ridicula sunt, quia repugnantia. Denique, si fructus non lucratur possessor, nisi consumptos: Ita dicendum fuit, fructus fieri bonæ fidei possessoris consumptione, non autem perceptione.

Hæc cum tam aperte demonstrent: fructus fieri statim bonæ fidei possessoris, quamvis nondum consumptos: mirum videri potest, quid ita igitur in re tam aperta non plene fieri ejus dicant, sed aliqua actione teneri, ut eos restituat. Sed multis locis tra-

ditum est scilicet, et fructus extantes restitui debere, et fieri fructus bonæ fidei possessoris, si consumpti sint. Quid igitur ad hæc concilianda afferunt? Fructus bonæ fide possessoris fieri percipiendo intelligunt. Itaque etiam vindicari non posse confitentur: sed vel condictione, vel officio judicis restitui debere dicunt. Ego autem etsi non ante aperte docuissem, fructus perceptos sic fieri bonæ fidei possessoris, ut pleno jure fiat, nihiloque magis eos restituere cogatur, quam aut dominus ipse, aut fructuarius, aut maritus, si eos percepissent, quibus aut non minus juris habet bonæ fidei possessor, aut etiam plus habet: tamen qui hoc solum dicat, fructus fieri bonæ fidei possessoris, nisi illud probat, quod non est consequens restituere debere: non video hic, quid juris de rebus disserendi sibi sumere audeat. Quo jure enim quod alterius factum est, id ab eo invito auferri potest? *L. id quod nostrum, de reg. jur.* Repugnant hæc inter se, recte accipere, et invitum reddere. Hoc ipso argumento Cicero in *Topicis* colligit eum, cui ususfructus a primo herede legatus est, quamvis legatus non sit a secundo, si semel ei ususfructus acquisitus sit, mortuo primo herede usumfructum non amittere: eoque exemplo, ut quid sit repugnans, ostendat, utitur. Quod enim, inquit, semel testamento alicui datum est: id ab eo invito, cui datum est auferri non potest. Repugnant enim recte accipere, et invitum reddere. Quare, si putant, bonæ fidei possessorem fructus nondum consumptos restituere debere: illud concedant, fructus, nisi consumptos, ejus non fieri. Sin autem illud dant, quod negare non possunt, fructus percipiendo fieri bonæ fidei possessoris vel pleno jure; illud admittant necesse est, quod illi recte acquisitum sit, id invitum non amittere.

Postremo quod in hac re caput est, si percepti peti possunt, quo jure tandem peti possunt? Vindicari posse negant, cum sint bonæ fidei possessoris. Quid ergo? condici possunt? Minime, ut opinor. Quæ enim de bonis nostris apud alium sine caussa sunt justissima caussa est, cur repetantur. in eamque rem condictio sine caussa comparata est. *L. 1. in fin. de condict. sine caus.* Quam ob caussam et a malæ fidei possessore consumpti hac actione condici possunt. *L. mala C. de condict. ex leg.* Adversus bonæ fidei possessorem autem, qui fructus percipiendo ratione naturali suos fecit, idest justissima, et æquissima, *§. si quis a non domino, de rer. divis.* quæ tandem similis condictiu esse putes? An vero officio judicis repeti dicent, ut plerosque facere video? Multominus id convenit. Nec, si quid esset officium judicis, viderent, hoc unquam in hac re tam inconsiderate dicerent. ✝ Officio judicis ea præstantur, quæ post litem contestatam in rem ipsam petitam, aut circa rem eveniunt. Quæ vero ante litem contestatam acciderunt, ad judicis officium nihil pertinent, nec in judicium veniunt, nisi deducta sint, idque propria aliqua, et constituta in eam rem actione. *L. Ædiles, §. sciendum, de ædil. edict. L. 1. C. de ord. judic.* Ex quo Paulus ista tempora distinguens in fructuum petitione, sic de iis fructibus, qui post litem contestatam restituuntur, loquitur, ut dicat, eos officio judicis restitui: de iis autem, qui ante a malæ fidedei possessore percepti sunt, sic ut dicat eos condici *L. neque, hic*, indicans, eos duntaxat officio judicis contineri, qui post litem contestatam percipiuntur: eos autem, qui ante percepti sunt, nisi condictione, peti non posse. Nunc autem de fructibus jam ante a bonæ fidei possessore perceptis omnis quæstio est: de iis, qui post litem contestatam restituendi sunt, non agitur. Si igitur hoc conculsum, istos, de quibus loquimur, bonæ fidei possessoris sic fieri percipiendo, ut, cum recte suos fecerit, nullo modo eos restituere cogatur. 44

Huic sententiæ, ut jam antea ostendi. ✝ duo maxime opponuntur, quæ alios in contrariam sententiam induxerunt. Unum quod rescriptis quibusdam cautum est, bonæ fidei possessorem ante litem etiam contestatam exstantes fructus restituere debere. *L. certum, C. de rei vindic.* Id vero quid aliud est, nisi nondum consumptos, tametsi maxime percepti sint? Alterum, quod tam multis locis hæc sententia inculcata est, fructus bonæ fidei possessoris fieri, sed consumptos: item illum fructus lucrari ante litem contestatam perceptos, non restituere debere, sed ita, si consumpti sint, *L. quæsitum, in fin. de acq. rer. do. §. si quis a non domino, de rer. divis. L. 4. §. post litem, fin. reg. §. 1. Inst. de offic. judic.* ut ex iis liquido, sicut putant, intelligi possit, nisi consumpti sint, restituendos esse: recteque illic interpretari exstantes restitui debere, idest nondum consumptos. Quibus ego breviter respondebo. Quod enim rescriptum est, extantes restitui debere, ✝ extantes sic interpretor, non eos, qui nondum consumpti sint, sed exstantes, pendentes adhuc, et qui a solo non sint separati. Denique qui adhuc supra soli faciem extant. Ulpianus de hoc genere fructuum loquens: *Si pendentes*, inquit, *fructus jam maturos reliquerit testator, fructuarius eos feret, si, die legati cedente, adhuc pendentes deprehenderit. Nam* 45 46

extantes fructus ad usumfructuarium pertinent. L. si pendentes, *de usufruct.* Extantes vocat, quos prius *pendentes* dixerat. Et nimirum extantes fructus, idest pendentes restituere debet bonæ fidei possessor, quia, ut maxime illos serverit, ut illos ad maturitatem usque diligentia prosecutus sit: fundi tamen pars sunt, et ideo una cum fundo vindicantur. *L. fructus pendentes, de rei vindic.* Nec quia ipse eos servit, ideo consita tollere potest. *L. si postea, de rei vindic.* Fructus enim non jure seminis, sed jure soli percipiuntur. *L. qui scit. hic.* † Quod autem sequitur, bonæ fidei possessorem fructus ante litem contestatam perceptos non restituere, si consumpti sit; propter eos fructus dictum est, qui bonæ fidei possessori sola perceptione non acquiruntur, idest eos, qui sine facto hominis nascuntur, ut si poma ex arboribus decerpserit, si fœnum collegerit, juxta. *L. fructus hic.* Hi enim quamvis percipiendo non acquirantur possessori, ut initio diximus, sic tamen statuo ex superioribus locis fieri bonæ fidei possessoris, si sint consumpti. Nam hoc generaliter traditum est de omnibus, si consumpti sint, bonæ fidei possessorem restituere non debere. Nec ullus extat locus, in quo isti fructus excipiantur, qui sine facto cujusquam nati sunt. Unde a Pomponio in *d. L. fructus.* sic definitum est, fructus istos non fieri bonæ fidei possessoris percipiendo; ut intelligeremus, sola quidem perceptione non fieri illius, at fieri tamen consumptione. Idque ita esse, vel illud maximo argumento est, quod de solo malæ fidei possessore hoc traditum est, fructus consumptos ab illo condici posse. *L. mala. de condict. ex leg.* Ex quo per contrarium intelligere possumus, non esse idem in bona fidei possessore.

48 Num † igitur eo usque tenebitur saltem, quatenus ex his locupletior factus est? Non puto. Hoc enim in hereditatis possessore locum habet. *L. item veniunt, §. eos autem. L. sed etsi lege, §. consuluit, de petit. hered.* In singularum rerum possessore non habet. Illa enim actione tenetur, quisquis hereditatem

49 possidet. † Fructus autem omnes, et pretia rerum hereditariarum in hereditate numerantur. *d. L. item veniunt. §. fructus, et §.*

50 *cum ante. de pet. hered.* † Rei vindicatione illæ solum petuntur res, quæ extant. Quæ non extant, quasque possessor desiit sine dolo malo possidere, earum rerum nomine non tenetur. *L. qui petitorio, de rei vindic.*

Atque hæc de fructuum perceptorum et consumptorum restitutione mea sententia est. Ad reliqua jam pergemus. Sequitur autem, ut videamus, cum fructus restitui debere constabit, sive post litem, sive ante litem contestatam, quo usque ex illo tempore præstari debeant. Quæstio in eo est, sitne reus etiam post rem judicatam fructuum præstandorum necessitate adstrictus. Nam † post 51 litem contestatam ad diem usque sententiæ omnem caussam restituendam esse certi juris est, etsi mora forte facta non sit. *L. 3. hic.* † Num etiam post fructus, præstandi 52 sint, quæritur. Quæ quæstio tractata a Papiniano *sub hoc titulo in d. L. 3.* ad hanc sententiam exposita est, ut, siquidem ante sententiam mora intervenerit: fructus etiam post rem judicatam præstandi sint in eum diem, quo res restituitur. Absurdum sit enim eum, qui ante fructuum præstandorum necessitate astrictus sit, ob id liberari, quia victus sit, et prodesse illi condemnationem, quæ magis nocere debeat. Nec ad rem pertinet, quod illi tempus ad solvendum datum est, quod judicatis jure dari solet. *L. 3. de re judic. L. ult. C. de usur. rei judic.* † Ea 53 enim temporis intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum afferre consuevit, inquit Papinianus. Afferat autem lucrum, si cum ante condemnationem teneretur, postquam condemnatus est, desinat teneri. Quod si ante sententiam mora facta non sit, ut evenire potest, heredem ideo ad judicium provocare, quod dicat, legi Falcidiæ locum esse, ut omni ære alieno deducto, nihil reliqui fiat; ideoque nihil esse in fideicommisso: *L. 1. §. hæc verba, si cui plus, quam per leg. Falc.* si quid, inquam, tale acciderit heredi, idque justa ignorantia ductus fecerit: refert Papinianus, decretum esse Antonini, totius legitimi temporis fructus, et commoda debitorem non præstare. Et recte. Nam. † cum 54 toto legitimo illo tempore heres conveniri non possit, ne moram quidem eo tempore facere intelligitur. *L. lecta, si cert. pet.*

Ambigebatur autem in decreto Antonini, quoniam ita constituerat Antoninus, ut fideicommissarius commoda fideicommissi ad sententiam usque acciperet, si post sententiam moram fecisset heres, utrum de eo solum verba hæc accipienda essent, qui non nisi post sententiam moram fecit: an etiam de eo, qui ante. Nam hæc verba ex æquo ad utrunque pertinent. Potest enim et qui antea moram fecerat, in mora post sententiam perseverare. Interpretatur ergo Papinianus id decretum de eo, qui post sententiam tantum moram fecit, non ante motus ea ratione, quam dixi. Atque hæc sic interpretatur, ut dixi, in bonæ fidei judiciis, et arbitrariis, cum mora ante sententiam facta fuerit. Sic

enim hæc judicio in fructibus comparat,
55 quia † officium judicis idem sit prope in
utroque: scilicet ut quod alterum alteri ex
bono et æquo præstare oporteat, in id alterum
alteri condemnet pro potestate judicii. §. *in
bonæ fidei*, et §. *præterea, Instit. de act.* Eo-
56 dem pertinet, quod † in utroque genere si-
militer in litem juratur. *L. in actionibus de
in litem jur.*

57 In † strictis autem judiciis, idest quæ ne-
que arbitraria sint, neque bonæ fidei, post
litem quidem contestatam causam omne re-
stituendam esse scribit, ut in cæteris. At post
rem judicatam sine distinctione tempus a
fructibus dependendis immune esse, quam-
vis mora antea facta sit; non sine magna ra-
tione. Quamvis enim statueris, moram antea
factam esse; hic tamen ex moram fructus
non debentur, ne ante sententiam quidem.
Ergo nec postea.

58 Fructus autem † utrobique intelligit Pa-
pinianus non perceptos (nam hic quoque ra-
tio illa locum habet, qua paulo ante usus est,
cum temporis intercapedinem, quod tempus
judicatis præstatur, reo lucrum afferre non
consuevisse: sed eos intelligit, qui percipi po-
tuerunt, a quibus dependendis tempus im-
mune esse ait post rem judicatam, cum
ante isti quoque fructus in judicium veniant.
*L. 4. §. post litem, fi. regund. §. etsi here-
ditas, Inst. de offic. judic.* Quod ipsum præ-
terquam quo ratio ipsa evincit, vis quoque
59 ipsa verbi indicat. Id enim proprie esse †
dependere videtur, non simpliciter solvere:
sed periculum alicujus rei præstare, et om-
ne detrimentum, quod in re aliqua sit,
quasi pœnam. Cic. *Lib. 1. Epist. famil.
Dependendum tibi est quicquid pro illo spo-
pondisti*, idest etiam si quid non consequaris
ab eo; si quid ipse non præstet, id tibi
præstandum, et suscipiendum est. Idem *L. 6.
ad Attic. Abjurare satius est, quam depen-
dere*, idest quam confessionis periculum su-
bire. Ita hoc loco *dependere fructus* proprie
de iis fructibus accipiendum est, in quibus
præstandis periculum agitur rei, idest iis,
qui percepti non sunt, percipi tamen potue-
runt. A quibus dependendis debitor immunis
est. Nam in perceptis restituendis nullum
periculum rei est.

Et quoniam de fructuum restitutione ha-
ctenus disseruimus: ad extremum † hoc in 60
omni hac restitutione intelligendum est, sic
fructus præstari debere, ut semper tamen
inde impensæ deducantur, quæ in fructus
factæ sunt. *L. quod in fructibus, hic. L. fru-
ctus, solut. mat.* Quæ impensæ fructus sic
diminuunt, ut † in persona etiam prædo- 61
num earum impensarum actio habeatur. *L.
si a patre, §. ult. de petit. hered. L. fun-
dus, qui familiæ erciisc.* Quod ne cui in isto-
rum persona novum videatur, cum istos om-
ni ratione plecti propter malam fidem con-
veniat, nec ulla interpretatione adjuvari:
illa ratio in promptu est, quod † fructus om- 62
nis intelligitur is demum, qui deductis im-
pensis, superest. Nam, si rem propius intueri
volumus, fructus cujusque rei sunt, ejus rei
commodum, et utilitas, quam res affert. Con-
stat autem, cum de lucro et commodo quæ-
ritur, † id lucrum esse intelligi, quod, omni 63
damno deducto, superest. *L. Mutius, pro soc.*
Ita omnino quod impensis deductis superest
id solum in fructu, tanquam lucro, nume-
randum est: ut recte dictum sit, has im-
pensas fructibus diminuere. *L. quod in fru-
ctibus, hic.*

Hactenus de fructibus: sequitur de caussa,
et omnibus accessionibus.

CAP. IV.

De caussa et accessionibus.

SUMMARIA.

1. *Caussæ restituendæ nomine quid contineatur.*
2. *Caussa omnis post litem contestatam restituenda.*
3. *In bonæ fidei judiciis etiam post moram.*
4. *Idem de omni accessione.*
5. Accessio *quid.*
6. Caussæ *appellatione continetur.*

Caussam cum restituendam esse jureconsulti dicunt, ut hoc loco: † *caussam* ubique id intelligunt omne, quod petitor habiturus esset, si eo tempore, quo res petita est, restituta esset, quasi dicas id omne, quod in caussam venit: ut sit caussa pro eo, quod judicio continetur. *L.* 2. *hic. L. cum fundus, si cer. pet. L. præterea, de rei vindicat.* Quo fit, ut in caussa non solum fructus numeretur: *d. L.* 2. sed etiam quæ in fructu non sunt, ut partus, qui contracto vocabulo interdum caussa appellatur. *L. equis, hic.*

2 Caussam † post litem contestatam omnem restituendam esse constat. *d. L.* 2. *hic. L. cum fundus, si cer. pet. L. præterea, de rei*
3 *vindic.* † In bonæ fidei judiciis etiam ex mora præstari debere videtur. *L. equis, hic.*

Quod de caussa dixi, † idem de omni accessione intelligendum est. Fit enim interdum, ut hoc loco, ut caussa accipiatur pro iis, quæ ex re ipsa descendunt, sitque in fructibus, et partu, et fructu secundo, *d. L. equis.* † *Accessionis* autem verbo id intelligatur, quod extrinsecus accedit, ut alluvione. † Quod tamen generaliter caussæ appellatione continetur. *d. L. præterea, de rei vindic.*

Sed de his jam satis. Tempus est, ut ad moram jam veniam, qui locus est ultimus, quem hic Titulus præ se fert, et de quo me dicturum initio sum pollicitus.

CAP. V:

De Mora.

SUMMARIA.

1. *Moræ coercendæ rationes.*
2. *Mora quid sit*, et n. seqq.
3. *Mora non ex re fit, sed ex persona.*
4. Frustratio, frustrari, *quid sit.*
7. *Moram facit debitor, qui a creditore interpellatus solutionem sine ulla justa caussa detrectat*, et n. seqq.
8. *Nulla mora fieri intelligitur, ubi nulla est petitio.*
9. *Mora non fit si ei, qui petit, jus petendi non sit.*
10. *Ubi dies solutioni expresse, vel tacite præstitutus est, mora contrahitur sine interpellatione*, et n. seqq.
11. *Venditor ex Ædilia edicto, si morbus aut vitium appareat, non tenetur.*
12. Interpellare, interpellatio *quid sit.*
13. *Dies interpellat pro homine.*
14. *Qui maleficio res alienas occuparunt, moram faciunt ex ipso tempore delicti sine interpellatione.*
  15. *Similiter et qui rem alienam possident mala fide.*
16. *Nec in obligatione conditionali, neque in obligatione, quæ ex re ipsa dilationem habeat, mora contrahitur sine interpellatione, etiamsi dies venerit*, et n. seqq.
17. *Conditione impleta, perinde habetur, ac si pure contracta fuisset obligatio.*
18. *Dies quando tacite insit.*
19. *Res debita ante moram perit creditori.*
20. *Qui pure debet, in mora non est antequam interpelletur.*
21. *Exponitur* l. quoties, 59. cum L. seq. D. de verb. obligat. *et n. seq.*
22. *In iis rebus, quæ functionem recipiunt in genere suo, nihil refert, utrum res ipsa, an æstimatio petatur.*
23. *Ex obligatione faciendi quando, si non fiat, agi possit in id, quod interest.* et n. seqq. et n. 86.
24. *Quod præsenti die debetur, statim peti potest.*
25. *Cum eo qui alio loco se daturum promisit, quando agi possit.*
26. *Quoties interpellandus sit debitor, ut in mora constituatur*, et n. seqq.
27. *Mora contracta non purgatur, nisi oblatione.*
29. *Moram non facit qui interpellatus solvere ex justa caussa recusat.*
  30. *Justæ caussæ quatuor.*
  31. I. *Si non opportuno loco, aut tempore interpelletur.*
  32. *Exempla*, et n. 33.
  34. II. *Si ignorat, se debere.*
  35. *Exempla*, et n. seqq.
  41. III. *Si rem in potestate sua non habeat, neque fecerit, quominus haberet*
  42. IV. *Si caute solvere velit.*
  43. *Exempla*. et n. seqq.
45. *Pupillo sine tutoris auctoritate non recte solvitur : minor adversus solutionem potest in integrum restitui.*
46. *Quando mora fieri intelligatur, difficile est definire.*
47. Definitio *pro regula, et* definire *pro regula complecti.*
48. *In quibusdam caussis mora fit ex re.*
49. Moram fieri ex re *quid significet.*
50. *Mora fit ex re* I. *pupillis, si tamen sit, cui tuto solvi possit.*
  51. II. *In caussa fideicommissariæ libertatis.*
  52. III. *Si nemo extat, qui conveniatur.*
53. *In* L. sed etsi, 23. §. 1. D. h. t. *utrum* decerni, an discerni *legendum sit.*
54. *Differentia inter moram, quæ sit ex persona, et moram ex re*, et n. 55.
56. *Mora unicuique sua nocet.*
57. *Quænam propter moram debitor præstare debeat.*
58. *Id, quod interest, ab eo, qui, quod debuit, non fecit, in stricti juris actionibus non ex mora exigitur, sed ex natura obligationis*, et n. 75. 76.
59. *Debitor post moram periculum rei præstat*, et n. seqq.
60. *Mora perpetuat obligationem.*
62. *Debitor post moram, re perempta, eum quoque casum præstat qui etiam apud creditorem contigisset, si tamen creditor rem distrahere poterat : non, si non poterat*, et n. seqq.

64. *Prædiorum pupilli alienatio non permittitur, si aliunde habeat pupillus.*
65. *Res sub conditione, aut ex die per fideicommissum relictæ alienari non possunt.*
66. *Re post moram perempta, non modo debitor, sed etiam fidejussores, et intercessores omnes perinde tenentur, ac si res extaret*, et n. seqq.
67. *Mora rei nocet etiam fidejussori.*
68. *Aliud est augeri fidejussoris obligationem: aliud non minui.*
69. *Si res post moram debitoris perierit: integra est creditori actio, et obligatio novari, et accepto ferri potest.*
70. *Quod juris est in toto, idem et in parte.*
71. *Fur perpetuo moram facit.*
72. *In judiciis stricti juris, re salva, nihil ex mora præter rem ipsam debetur.*
73. *Fructus in actionibus stricti juris ex mora non debentur.*
74. *Vini, aut olei debiti æstimatio ad quodnam tempus referenda sit.*
77. *Mora purgatur aut voluntate creditoris, aut opera debitoris.*
78. *Quomodo voluntate creditoris.*
79. *An et novatione?* et n. 80.
81. *Quomodo facto, et opera debitoris*, et n. seqq.
82. *Moram purgare, eluere, emendare, delere quid sit.*
83. *Pro soluto habetur, in quo accipiendo creditor moram fecit.*
84. *Posterior mora nocet*, et n. 105.
85. *Oblatio non liberat ab obligatione præstandi id, quod interest, ob præcedentem moram.*
87. *An, qui factum promisit, liberetur, si ante litem contestatam faciat*, et n. 88.
89. *Oblatione rei non evitatur pœna commissa, si tamen obligatio non pure, sed in diem contracta fuerit*, et n. 90.
91. *Excipitur stipulatio judicio sisti*, et n. 92.
93. *Summum jus summa crux.*
94. *Mora dumtaxat ante litem contestatam purgari potest cum in obligationibus faciendi, tum in obligationibus dandi* et n. seqq.
97. *Judici omnium rerum officium incumbit, quæcunque in judicio versantur.*
98. *Mora sua creditori non minus nocet, quam debitori, ut res creditori pereat si is in mora sit accipiendi*, et n. 99.
100. *Etiam pecunia numerata perit creditori, si oblatam accipere noluerit.*
101. *Genus non perit.*
102. *Creditor moram non facit, nisi opportuno loco, et tempore oblatum recuset accipere*, et n. 103.
104. *Si creditor, qui recusaverat, rem rursus petat: debitor non præstando moram facit.*

1 Cum cujusque rei debitæ sui sint fructus, sua æstimatio, suum in amittendo periculum: nemo est, qui non intelligat, ÷ interesse plurimum creditoris rem unamquamque suo tempore accipere, qua re ille suo commodo utatur: quam pro diligentia sua asservet, et curet, ne deterior fiat; quam vendat etiam, si opus est, ne de precio ipso in discrimen veniat. Jam vero cum sit hoc injuriosum, eam, cum debeas, postulanti ac desideranti non reddere, idest moram in ea præstanda facere, scilicet ut mora tua meliorem tuam conditionem facias, illius deteriorem: diligenter hoc prospiciendum fuit, ne, si id aliquando inciderit, ea res creditori sit fraudi. Sic igitur toto jure civili omnibus prope in rebus comparatum est, ut vindicetur, ne aut mora sua cuiquam prosit, aut adversario ne noceat: uti aliqua jam ex parte de usuris, et fructibus ex mora præstandis in bonæ fidei contractibus supra intellectum est.

Hinc illa existit in omnibus illis rebus de mora vexata tandiu, necdum satis explicata quæstio, quid sit moram facere, et quando debitor in mora esse videatur. Eademque in creditore de mora quæstio est, eum hic rem oblatam a debitore accipere recusat, idest, cum in accipiendo moram facit. Non enim parvi refert rem esse acceptam, cum offertur, ut debitor vel usuris pecuniæ, vel ipsius periculo, et custodia liberetur: quam cessationem debitori nocere iniquum est. Quod cum ita jus sit, primum in hoc quæstione dicendum est, quæ sit hæc mora, quam dicimus, et quibus in rebus posita sit: tum quæ moræ in re quaque incommoda sint sive debitori, sive creditori præstanda, breviter erit considerandum.

Mora, si vim verbi quærimus, ÷ nihil significat aliud, nisi cessationem in omni re, 2 ac procrastinationem, sive dilationem ejus rei, quam primo quoque tempore expedire debeas. In jure quidem, atque hac disputatione, in qua de debitoris creditorisve mora quæritur, quæ auctori suo nocere debeat, nihil aliud moram esse intelligimus, nisi horum ipsorum cessationem in eo præstando,

quod alter alteri debuerit. Itaque non subtili aliqua, aut recondita ratione in hac re opus est ad definitionem: hoc ad vim hujus verbi explicandam satis est intelligi moram esse dilationem ejus, quod debeas, et utramque in mora esse tum videri, cum vel ille quod præstare debeat, differt: vel hic, quod offertur, recusat accipere. Hoc solum quæritur, quando vel reus is. unde petitur, vel creditor differre, quando moram facere videatur.

Ac de debitore prius dicemus, quando de eo multo major, ac prope una dubitatio est. In quo non laboremus, si, ut quisque primum quid debet, neque solvit, ita continuo in mora esse intelligeretur. Sed illud primum in hac re sic constituendum est,
3 quod Papinianus tradidit, † moram non ex re fieri, sed ex persona. *L. mora*, *de usuris*. Ut sit sensus, non statim qui non solvit, moram facere, quanquam verum sit, cum res ipsa differatur, in re moram inesse hoc ipso, quod non solvitur, cum debeatur: sed ita, si sine caussa id faciat: si per eum fiet, stabitve, quominus solvat: si sit denique in eo aliquid, quod ipsi, qui non solvit idest quod personæ ejus queat imputari. Ex quo ista in hac re usurpata sunt, ut in quo moram esse intelligere volumus, per eum stare, aut fieri dicamus, quominus det, aut faciat; atque hæc quasi quædam moræ circumscriptio, cum ita dicimus, per eum stetisse, per eum factum esse, quominus daret. *L. quod te, si cer. pet. L. si ex legati, de verb. obligat. L. is, qui de obli-*
4 *gat. l. si rem, de novat.* Hinc † et *frustrationis* verbum in hac re usitatum, ut et qui moram facit, *frustrari*; et mora ipsa illa debitoris dilatio, *frustratio* dicatur. *L. hominem, mandati, L. pen. unde vi.* Id enim est frustrari aliquem, cum in eo, quod a te expectet, quodque illi, cum opus est, præstare debeas, illum fallas, ac destituas, faciasque, ut frustra sit, quod expectat. Ulpianus: *Non videtur frustrandæ actionis caussa latitare, qui præsens suscipere judicium non compellitur.* L. 3. de judic. *frustrandæ actionis*, idest, eludendæ, ac differendæ, dum id agitur a reo, ne secum
5 agatur: ut intelligere liceat † non male a quibusdam moram definiri, iniustam ejus, quod debeas, dilationem. Et recte mora non in re ipsa, quæ debetur, sed ex persona fieri dicitur. Non enim toto jure civili, cum de mora agitur, eaque vindicatur in debitore, aut creditore, his verbis vindicatur, si res non solvatur: sed ita, si
6 debitor in mora sit. † Neque vero in mora esse recte dicitur, per quem non stat, quominus suo tempore rem solvat, quam debet.

Restat igitur, ut, † quando per debitorem, 7
eumve, a quo quid petitur, videatur stetisse, cognoscamus. Id ita fit, si, cum debitor pure quidem debuit, sed non habuit constitutum tempus, quo solvere ex voluntate creditoris deberet, interpellatus ab eo non solverit, idque ipsum fecerit sine ulla caussa. *L. mora, de usur.* Ita, nisi interpellatus sit debitor, ne si totos quidem decem annos aliquid debuerit, moram facere videbitur. Inde dictum est,
† nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla 8
petitio est, *L. nulla. de reg. jur.* Atque ideo
† ne tum quidem mora fit, cum quidem pe- 9
titum est: sed ab eo, a quo nulla fuit petitio, ut puta pupillo, aut adolescente, qui curatorem habeat. *L. si pupillus, de verb. obligat. L. 3. C. de in integ. rest. mi.* Neque sane id injuria. Nam etsi pure quid debeas: tamen hoc totum, quando creditori satisfacias, pro creditoris solius commodo, et voluntate accipiendum est, si opus sit, si sibi solvi velle ostenderit. Unde Simo apud Terentium *in Andr.* cum filium vellet uxorem ducere, ille autem pollicitus esset, sese in potestate patris futurum, ac neque isthic, neque alibi usquam patri in se moram fore, subjunxit:

I jam nunc intro, ne in mora, cum opus sit, sies.

Neque enim quibus aliquid debetur, cupiunt id sibi statim dependi: sed expectant, nec debitoribus suis molesti sunt, satisque esse putant, si tum id sibi præstetur, cum commodum erit, idque a debitore petierint. Quin etiam statim accipere non semper expedit. Sic fit, ut ante, quam petierint, per debitorem nihil stetisse videatur: ut hoc sit solvendi tempus, quod creditor ipse statuerit, idest, cum petierit, quia quovis tempore petere potuerit. Nam ante debitor qui scire posset, quando ille sibi solvi velit, cujus in potestate fuerit, quam velit reo solvendi dilationem dare?

Quamobrem, etsi generaliter ita traditum est, nullam esse ibi moram, ubi nulla petitio est, neque quicquam distinguitur, pura ne sit obligatio, an alterius generis: tamen diligenter animadvertendum est, hoc solum de petitione atque interpellatione creditoris in iis obligationibus recte dici, in quibus nulla alia creditoris voluntas ostenditur, sive interpellatio, quo die sibi solvi velit: idest, in quibus nulla certa præstituta die, qua die ex conditione obligationis, et creditoris volun-

tate manifesta, pecunia solvi debeat, obliga-
10 tio contracta est. † Quæ vero obligationes in diem sunt, in quibus certa dies solutioni ex utriusque voluntate præstituta est, et generaliter quæcunque caussæ sunt ejusmodi, in quibus ex natura, et qualitate rei satis reus admoneatur, se primo quoque tempore restituere debere, quod invito creditore non reddat: in iis omnibus sic statuo, debitorem, ut moram faciat, non necesse esse ullo tempore a creditore amplius interpellari. Qui igitur ex die aliquid debeat, hic, si sua die non solvat, moram facit, quamvis ab eo nihil petitum fuerit. Supervacuum est enim moneri eum, ut solvat, qui intelligat se id facere debere, ita volente, et jubente creditore. In quo cum res testibus indigeat, hæc ego testimonia collegi, quæ pro hac sententia faciant. Ac scio multo plura legendo notari posse. *L. magnam, C. de contrah. stip. L. 2. C. de jure emphi. L. si fundum certa die. de verb. obligat. L. hominem. in fin. mand. L. ita quis, §. Seja. de verb. obl. L. si duo, in fin. L. promissor, §. 1. de constit. pec. L. etsi post tres, si quis caut.*

At plerique moventur eo, quod, ut dixi, generaliter, et sine distinctione traditum est, nullam esse moram sine interpellatione, unumquemque moram ita facere, si interpellatus non solverit. Sed nihil est, quod moveantur. Hoc enim, ut nihil aliud addatur, tamen de iis necessario accipiendum est, in quibus modo petitio sit necessaria, ut scire debitor possit, quando creditor sibi solvi velit. Supervacuum est autem, ut jam ante dixi, moneri eum, qui sciat certo tempore se id facere debere, seque natura rei, et obligatione ita cogi. Idque facile hoc exemplo intelligi potest. Edicto Ædilium Curulium cautum est, ut vitia cujusque rei, quæ venditur, diligenter prædicentur emptori, neque
11 ulla hujus rei exceptio Edicto adjicitur. † At hoc omnes veteres sic acceperunt, si vitium lateret. Quod si tale vitium sit, aut morbus, qui omnibus potuerit apparere, utputa si cæcus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem, et periculosam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis: perinde venditorem ejus nomine non teneri putaverunt, ac si nominatim morbus exceptus fuisset. Ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum Ædilium, quæ quis ignoravit, vel ignorare potuit. *L. quæritur, §. ult. de Ædil. edict.* Atqui generaliter edictum cavet, et sine exceptione, ut vitia prædicentur. Cavet: sed ideo cavet, ut vitia nota sint emptori, ne decipiatur. Nihil autem necesse est ei prædicere, quia ea non ignoret. Similiter et in hac re accidit. Generaliter definitum est, nullam esse moram, ubi nulla petitio est. Sed, cum petitio ideo requiratur, ut sciat debitor, illum, qui petit hoc tempore sibi solvi velle: si est in re ipsa, unde sciat reus, sibi vel statim, vel illo tempore ex voluntate petitoris rem præstandam esse, nihil hic alia petitione opus est. Quid, si is quoque interpellari intelligitur, qui in diem aliquid dare deboerit? Videtur ne hic quicquam contra superiorem regulam fieri, si hunc moram hoc ipso facere dicamus, quod sua die non sol-
verit? Et profecto † interpellare, nihil est 12
aliud, nisi denunciare debitori, ut nunc nobis solvat. Quid est igitur, quod diei adjectione agitur, nisi hoc jam ab initio ei prædicitur, ac denunciatur, ut eo die solvat, eaque lege sua voluntate constringitur? Quod si est: parum ne hic aperta creditoris voluntate jam ab initio interpellari videatur? Sed ideo in his petitione, et interpellatione opus non esse dicimus, quia nova opus non
est. † Re vera autem satis die ipso moneri 13
intelligitur: ut non male vulgo dici soleat, diem interpellare pro homine. *L. magnam, C. de cont. et com. stipul.* Postremo cum ita convenerit inter contrahentes, ut certo die debitor solveret, si id ita non fecerit, quia per eum steterit, idest quin quod deboit in tempore, sine caussa distulerit: caussæ diei nihil potest. Neque vero hoc aliud est, nisi moram facere. Africanus in *L. trajectitiæ*, de obligat. *Trajectitiæ pecuniæ nomine, si ad diem soluta non esset, pœna (uti assolet) ob operas ejus, qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta. Is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta, petere desierat: deinde, interposito tempore, interpellare instituerat. Consultus respondi, ejus quoque temporis, quo interpellatus non esset, peti posse pœnam. Amplius, etiamsi omnino interpellatus non esset, nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quominus solveret.*

Illuc igitur redeo, cum de voluntate creditoris natura rei, et conditione debitor ipse per se satis admoneatur, quo die illi solvere debeat, nihil hunc admoneri sæpius necesse esse, satisque hunc re ipsa interpellari. Neque si in obligationibus puris post obligationem contractam a debitore peti debet, ut moneatur, ideo hoc idem in cæteris ad interpellationem debitoris facere necesse est. Non enim una est conditio omnium obligationum, neque omnes debitores uno modo in-
terpellantur. Quamobrem † in eadem caussa 14
cum iis, qui in diem debent, habendi sunt omnes, quotquot sunt, qui maleficio res alie-

nas occuparunt, ut fures, item qui vi alium de possessione dejecerunt, aut qui eas metu ab aliis extorserunt. Hos omnes ex ipso tempore delicti moram facere dicimus, atque ideo plus, quam frustratores esse, et quidem sine ulla interpellatione. Nam cur interpellentur de ea re, nihil est, cum sciant, se, invito domino, eam retinere; nec ignorare debeant, se ex ejus voluntate primo quoque tempora restituere debere, quam nec a principio auferre debuerunt. *L. in re furtiva*, §. 1. *L. ult. de condit. furt. L.* 1. §. *rectissime*. *L. pen. Unde vi.* In quo quis est, qui putet speciali aliquo jure moram fieri tanquam ex re, ac non potius ex persona, idest vitio personæ, sicut proposuimus; cum illud videat per istos fieri, quominus rem restituant, quam ne tantillum quidem retinere, ac nec auferre omnino debuerunt? Hoc autem per aliquem stare, quominus det, quod debuit suo tempore, quid est aliud, quam id, quod nunc quærimus, moram facere?

15 Quibus † similes sunt et qui mala fide rem alienam possident, cum sciant, ad se non pertinere; et habeant, cui restituant. Proinde hos, re perempta, domino teneri dicimus. Nam si id in hereditatis petitione admissum est, ut dolus præteritus veniat, idest ut, etiam re perempta, possessor hereditatis teneatur: *L. sed etsi lege*, §. *quod ait Senatus*, *et* §. *seq. de petit. hered.* per consequentiam et in speciali in rem actione admittendum est. Neque hæc nunc ex meo sensu deprompta collectio est, sed extat apud Paulum in *L. sin autem*, §. *si homo*, *de rei vindic.* Ne quis forte nunc putet, hoc jus speciale esse in hereditatis petitione, ut Accursius fecit, et si qui sunt eum secuti, ac non idem esse in omnibus aliis petitoriis judiciis. Ergo in his caussis etiam ex persona mora fieri intelligitur. Ac tametsi petitio sit nulla ejus, ad quem ea res pertinet; non tamen eo minus rerum alienarum possessores re ipsa admoneri intelliguntur. Cumque sciant, quid, cui, et quando restituere debeant; negare non possunt, quin, si id non faciant, per ipsos stare intelligatur: ut jam mora in illorum persona sit, ac non in re tantum.

Huc usque igitur in his omnibus probe constat illa regula juris, et Papiniani, nullam intelligi moram ex re, sed ex persona tantum. Ex persona autem hoc esse, cum per debitorem fit, quominus solvat, quod tunc accidit, cum interpellatus non solvit, quibus in caussis moneri illum oporteat. Nam qui paratus fuit solvere, si a se peteretur, nihil facere videtur, quominus eo tempore, quo creditor postulet, solvat, nisi tum, cum alias se interpellari, et admoneri ex re ipsa satis sciat. Quo casu nihilominus in persona vitium est. Ex quibus omnibus intelligitur (redeundum enim est jam ad propositum) si de re aliena non agetur, quam quis injuria, et mala fide detineat, sed res erit ex obligatione debita: in his quidem obligationibus, quæ in diem sint, utpote in quibus certus dies non obligationi, sed solutioni dictus est, petitionem non esse necessariam: in aliis autem omnibus, in quibus certus dies solutioni constitutus non est, jus esse hoc perpetuum, nisi quid a creditore interpetratus sit debitor, ipsum moram non facere, quæcunque tandem res in obligationem deducta sit, ac quodcunque tandem genus sit obligationis: scilicet quia nihil sit, quod in cæteris debitori imputari possit, si certo die non solverit, quod certo die dare facere non debuerit. Itaque hoc superesset, ut tum daret, cum creditor petere constituisset.

Quamobrem † sic judico, neque in obligationibus sub conditione contractis, neque in iis, quæ conceptione quidem puræ, ex re ipsa dilationem capiunt, quamvis aut conditio evenerit, aut dies præterierit, quo illæ res peti possint; aliter moram fieri, quam si debitor, postquam dies venerit obligationis, interpellatus fuerit. Quia, ut in iis omnibus dies intelligatur obligationi esse constitutus, ante quem actio non nascitur: non tamen constitutus est solutioni. Promisisti Stichum, si navis venerit ex Asia. Extitit conditio, neque id te fugit. Non ideo, si statim mihi non solvis, moram facis. Dies enim in conditione inest ille quidem incertus, quo existente, res peti possit: sed non is dies, quo die postquam evenerit conditio, solvi debeat; ut appareat, nihil esse, quod debitori imputandum sit, quod hoc, aut illo die non solverit. Nihilo sane magis, quam si ab initio pura esset obligatio. † Postquam enim extitit conditio, pro eo est, quasi pure contracta esset. *L. si pupillus*, *de condit. instit.* De hoc genere igitur post eventum conditionis idem statuatus, quod de puris obligationibus juris est, ut sine petitione creditoris mora a debitore non fiat. 16 17

Eodem modo, si † fructus futuros promiseris; si partum ancillæ; dies in his intelligitur inesse, ut tunc petantur, cum per rerum naturam præstari poterunt. Et qui Carthagini dari stipulatur, cum Romæ sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem possit. *L. interdum*, *de verb. obl.* At ergo, cum fructus perceptus 18

fuerit, aut partus editus, debitorem in his præstandis aliter moram facere, quam si interpellatus, ut ista daret, non dederit. Non quo putem, hic diem non esse, post quam res peti possit. Peti posse fructus, eom extiterint, intelligo. Sed nego, diem esse debitori præstitutum, eum solvere debeat. Qui si esset, haberemus, quod illi imputaremus, qui præstituto die non solverit. Cum nihil tale fuerit, nihil est, quod per illum stetisse
19 videatur. Itaque ajo, † si res interim perierit ante quam debitor interpellaretur, ejus detrimentum non fore. Idemque de eo qui Carthagini dare promiserit, judico, non esse hujus periculum in re debita, quamvis tantum temporis præterierit, quo Carthaginem perveniri possit, si post id tempus interpellatus non fuerit. Carthagini enim dare debuit, et ideo cum perveniri Carthaginem potuerit, peti ab eo poterit vel Carthagine, vel alio loco: Sed si petitum non sit, in eo
20 mora non est. Nam † et qui pure debet, in ea caussa est, ut statim adversus eum actio sit. Neque tamen ideo is in mora est, si ab eo petitum non fuerit. Omninoque sic definiendum est, nisi dies ad solvendum conventione utriusque constitutus erit, vel lege, vel testamento: a regula juris recedi non oportere, nulla ut intelligatur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.
21 Existimabit hoc loco aliquis, † his adversari quod Paulus his verbis scribit in *L. quoties in diem*, cum *L. seq.* de verb. oblig. *Quoties in diem, vel sub conditione oleum quis stipulatur, ejus æstimationem eo tempore spectare oportet; quo dies obligationis venit. Tunc enim ab eo peti potest: alioquin vel captio est. Idem erit, etsi Capuæ certum olei pondus dari, quis stipulatus sit. Nam ejus temporis fit æstimatio, cum peti potest. Peti autem potest, quo primum in eum locum perveniri poterit.* Hic Paulus. Quibus innuere videtur, cum quid sub conditione debetur, itemque eum dies tacite inest: tum, cum conditionis dies, aut ille alter venerit, similiter ut in obligatione in diem (nam ista omnia eodem numero habet) moram fieri ipso diei lapsu. Alioqui, non diceret, ejus temporis æstimationem spectandam esse, quo dies obligationis venit. Ad æstimationem enim rei recurri non solet, nisi tum, cum mora facta est. *L. 3. de tritic. act. L. vinum, si cert. pet.* Sed hoc nullum argumentum est. Non enim hoc loco spectari æstimationem ejus temporis, quo dies obligationis venit, idcirco, quia mora facta sit, ex eo, quod de conditione dicit, facile intelligi potest. Ait enim, cum oleum sub conditione promissum est, ejus æstimationem eo tempore spectari oportere, quo dies obligationis venit, idest quo tempore primum conditio extitit. Videtur ne ergo eo ipso tempore debitor statim moram fecisse? Nemo dicet. Nam ante nihil omnino debuit: et qui scire potuit, an omnino conditio eveniret? Quid ergo, si eo die rem non habuit, neque statim expedire potuit in-perato rei eventu præventus? Quid, si ignoravit conditionem extitisse, et ideo se debere? Num videbitur cuiquam moram fecisse, si eo die non solvit, quo primum extitit conditio? Non arbitror, hoc quenquam tam inique esse statuturum. Arg. *L. quod te, si cer. pet.* Et tamen ex eo ipso die vult Paulus æstimationem olei spectandam esse, quo peti potuit, nihil adjiciens, an potuerit, aut debuerit ipso die dari, an secus. Ergo hoc quidem manifesto declarat, se in ea re nullam moræ rationem habere. Postremo ideo æstimationem his temporibus spectandam esse ait, quia tunc ab eo peti potest. Ergo idem dicturus erat, si præsens esset obligatio, ut eo tempore æstimatio spectaretur, quo obligatio contracta est, idest statim: eadem ratione, quia tunc a debitore peti potest. *§. omnis. Inst. de verb. oblig. L. eum, qui, §. ult. de verb. oblig.*

Quid ergo est? † Intelligo, in iis rebus, 22
quæ functionem in suo genere recipiunt, cujus generis est oleum, nihil referre utrum oleum petam, an æstimationem olei, et vice versa si oleum petatur, posse ipsi creditori recte æstimationem solvi: quia dum scietur, quanti vulgo oleum publice veneat, facile eadem æstimatione sit reperturus. Itaque in hujusmodi stipulationibus perinde esse, quasi æstimationem stipulati essemus. Cum ergo petetur, quanti oleum est; quia præsens æstimatio, quæ tempore fuit stipulationis, in stipulationem venisse intelligitur, cum pure stipulatio contracta est. *L. fundum, de novat.* dubitari potuit, num idem dicendum sit, si in diem aut sub conditione contracta sit. Et docet Paulus non esse idem. Nam, cum petitio in tempus dilata sit, eo tempore æstimationem esse spectandam, quia eo solum tempore peti potest, sicut et præsentem spectaremus ejus rei, quæ præsenti die peti posset.

De † obligationibus faciendi, quæ facta 23
temporis tractum desiderant, intra quod perfici possint, magna quæstio est. Cum enim in faciendi obligationibus, cum id factum non est, quod fieri debuit, in id quod interest, agatur. *L. si quis ab alio, §. ult. de re jud.* alii, cum id tempus præterierit,

intra quod perfici opus posset, statim agi posse putant, etiam si promissor nunquam sit interpellatus antea, ut faceret. Diem enim ei obligationi tacite inesse. *L. interdum, de verb. oblig.* Quo non observato, moram facere intelligatur. Alii diem quidem inesse concedunt: sed unde cedat, statimne, an ex quo sis interpellatus, id vero in quæstionem revocant: quod non facile id usquam nominatim cautum reperias: neque vero a regula juris temere discedi putant oportere. Ita etiam interpellari promissorem debere judicant. Ego autem, cur non statim agi possit, cum tantum tempus prætericrit, quod ad opus sufficeret, non animadverto. Non illa ratione, qua illi putant, quod in his obligationibus dies certus præstitutus statim promissori intelligatur operis perficiendi, quo non servato, moram faciat (facile enim moram ea re non facere concessero): sed quod, eo tempore transacto, nullus quoque dies petitori constitutus sit ad petendum, ut si nunc agat in id quod sua interest, ante tempus id facere videatur. Ut enim antea agere non potuit, quod nondum satis spacii ad opus perficiendum promissori fuisset: sic, eo præterito, quod satis fuit, quominus agat, nihil est impedimento. Quod quidem diserte de hoc genere cautum est. Sic enim traditum est, non ante agi posse ex ea caussa, quam tempus præteriisset, quo insula, exempli gratia, ædificari posset. Postquam vero præteriisset, statim agi posse. *L. si ita stipulatus sim abs te. L. si insulam. L. continuus, §. item si: L. existimo, §. ult. de verbor. qui obligat.* Ex quo intelligitur, quamvis redemptor operis, interpellatus non sit, ut opus faceret: postquam tamen tantum temporis præterierit, intra quod ædificari potuerit, cum eo agi posse. Quid verbis opus est? Hoc tempus ex die interpositæ stipulationis cedere, testatur Julianus in *L. quoties, de oper. liber.* Ejus verba hæc sunt. *Quoties certæ species operarum in stipulationem deducuntur, veluti pictoriæ, et fabriles: peti quidem non possunt, nisi præteritæ: quia et si non verbis, re ipsa inest obligationi tractus temporis: sicuti cum* Ephesi dari *stipulamur, dies continetur. Et ideo inutilis est hæc stipulatio,* operas tuas pictorias centum hodie dare spondes? *Cedunt tamen operæ ex die interpositæ stipulationis.* Hæc ille.

Neque hoc cuiquam mirum videatur, cum promissor operis moram interpellanti creditori non fecerit, conveniri posse. Non enim in puris obligationibus tunc solum cum debitore agitur, cum interpellatus jam moram fecit: sed statim. ✝ Quod enim præsenti 24
die debetur, statim peti potest. *§. omnis. Instit. de verb. oblig.* Cujus generis hæc jam obligatio est. Cum enim pure te facturum insulam, promiseris, aut omnino nullus dies est: aut, si tacite id tempus comprehendi intelligitur, intra quod confici res potest, necesse est, eo transacto, pura obligatio evadat. Ex quo etiam agi potest. In quo nihil dissimile fit ✝ ab iis obligationibus, in quibus 25
locus adjicitur, quo loco dari debeat. In quibus, cum dies tacite insit, intra quem in ea loca perveniri possit, hoc juris est, ut, cum id tempus præterierit, statim agi possit. Neque id requiritur, ut debitor interpelletur, quo se itineri accingat. *L. 2. §. qui ita stipulatur, de eo, quod cer. loc. L. interdum de verb. oblig.*

Quoniam ergo in aliis interpellari debitorem volumus, ut moram faciat: ✝ videndum 26
est, quot interpellationes in ea re requiramus; ac sit ne necesse sæpius debitorem convenire, eique instare, ut solvat: an vel una interpellatio sufficiat, ut ex illo videatur moram traxisse. Nam et Papinianus non protinus moram fieri scribit, si, postquam debitor interpellatus est, omissa sit debiti repetendi instantia. *L. mora. hic.* Et plerisque in locis debitores sæpius denunciationibus interpositis esse conventos legimus. Ego vero, cum diserte traditum sit, moram fieri, si debitor interpellatus non solverit: *L. mora. hic. L. si ex legati, de verb. oblig.* non arbitror, hoc constituto, ambigendum esse diutius, quin is in mora sit, qui semel interpellatus non solverit: quamvis destiterit creditor debitori instare. Verum est enim interpellatum esse, qui semel interpellatus est. Et si vere dicitur nullam moram ibi fieri, ubi nulla petitio est: recte colligitur, ubi petitio aliqua intervenerit, ibi debitorem in mora esse videri. Nec vero qui moram facere cœperit, si amplius non appelletur, eam postea non solvendo facere desinit. Quin potius, quo magis differs, eo magis mora tua, et frustratio progressu temporis augetur. Denique ✝ 27
mora non nisi oblatione purgatur, cum semel contracta fuerit. *L. si servum, §. sequitur, de verb. obligat.*

Nam ✝ quod Papinianus scribit, non con- 28
tinuo per debitorem moram factam intelligi, si omissa sit repetendi debiti instantia: non hanc sententiam habet, ut velit, creditorem debitori instare, ut, si hæc instantia intermittatur, mora desinat fieri. Alioqui quem tandem hujus instantiæ, et importunitatis definiemus modum? Sed hoc intelligit: si

creditor, cum semel debitorem interpellasset,
post ab eo precibus victus, aut alia re sua
voluntate inductus dicat, ostendatve, se am-
plius illi non instare, quin suo commodo
pecuniam conficiat, quam det, cum potest:
hic moram non fieri. Hoc pacto enim remissa
est illi necessitas solvendi ex pristina inter-
pellatione, quæ debitori instabat. Quod qui-
dem fit testando. Nequaquam autem hoc
ipso recedere a pristina petitione creditor in-
telligitur, quod non semper interpellat debi-
torem.

Quod autem nonnullis in locis proponi-
tur, creditores sæpius testato debitorem con-
venisse: *L. Æmilius, de minorib. L. qui
Romæ, §. coheredes, de verb. oblig.* nihil ad
jus pertinet, sed ad facti narrationem, quod
ita ex facto inciderat. Illis enim locis nar-
ratur factum, sicque hæc verba adjecta sunt,
quo contumacia et frustratio debitoris magis
argueretur: non eo, ut plures denonciatio-
nes ad moram conciliandam quicquam neces-
sarias esse putaremus.

Ut sine interpellatione mora non fit in
his obligationibus, in quibus nulla certa
die quid debeas, secundum ea quæ dispu-
29 tavimus: ita † non statim, ubi debitor in-
terpellatus est, in mora est, uti proposuimus:
sed ita demum: si nulla caussa sit recusandi.
30 *L. sciendum, hic.* † Justæ autem caussæ sunt
complures, propter quas si distulerit solutio-
nem, moram tamen non faciat, neque per
eum stare videatur. Eæque in summa fere
sunt quatuor, si non debeat: si, cum debeat,
ignoret tamen se debere: si, cum sciat, rem
in potestate non habeat, cum petitur: po-
stremo, si, cum sciat se teneri, et possit rem
expedire, sibi, ante quam solveret, ad futu-
rum solutionem cavere voluit, ut res in tuto
collocetur. Quæ nobis paulo pluribus expli-
canda sunt.
31 Primum igitur in ipsa interpellatione †
justa est, ut dixi, ad differendum caussa, si
non opportuno loco, aut tempore debitor sit
interpellatus, quia aut eo loco, aut eo tem-
pore non debeat. *L. Mora, hic. L. si soluturus,*
32 *de solut.* Quid enim, si, cum † ex fideicom-
misso ibi heres conveniri debeat, ubi aut ma-
jor pars est hereditatis, aut ubi testator vo-
luit, ut jus postulat: *L. si fideicommissum,
de judic.* alibi de eo a legatario interpelletur?
33 † Quid, si quod certo die dari debuit,
ante diem petatur? In quibus etsi dare rem
debitor potuerit, quæ perierit postea, quæ
si data esset, potuerit servari: debitoris peri-
culum non erit. *L. cum filiusfa. §. ult. de
verb. oblig.*

Jam, ut opportuno loco, et tempore in-
terpelletur: † nihil tamen differendi caussa 34
facit is, qui ideo non solvit, non quia dare
recuset, sed quia non putat, nec ullam caus-
sam habet, cur intelligere debeat se debere.
L. quod te, si cert. pet. Et ideo, † si ab herede 35
petatur quod defunctus debuerit, neque quic-
quam proferatur, unde intelligat, decessorem
debuisse: si recuset solvere, et ad judicium
provocet, moram non facit. Habet enim
justam ignorantiæ caussam, qui in jus al-
terius succedit, an quod petitur, debeatur.
L. qui in alterius, de regul. jur. Eademque
ratione † si possessor bonæ fidei, qui nul- 36
lam caussam habet, cur putet, rem alienam
esse, rei vindicatione, aut petitione heredi-
tatis conveniatur: nihil improbe facere vi-
deatur, si ad judicium provocet. Non enim
convenit, quia alius se dominum esse dicat,
huic illum statim concedere; et quia, si
res pereat, periculum sit, ne teneatur, propter
metum hujus periculi indefensum jus suum
relinquere. Itaque hac quidem opinione nec
fatum rei præstabit, *L. illud, de petit. hered.*
præstaturus alioquin, si in ea re restituenda,
quæ petita est, moram fecisset. Quod sic fit,
si scivit, aut scire potuit, si quidem attendere
vellet, rem, quæ petebatur, alienam fuisse.
L. item si verberatum, in fi. de rei vindic. Isto
modo † nec moram is facere videbitur, qui 37
exceptione aliqua ita se tutum putavit:
ut nulla caussa esset, cur non se tutum esse
putare deberet. *L. sciendum, in fin. cum. L.
seq. hic.* Quid enim, si heres, dum petitur
ex eo fideicommissum, neget quisquam se
debere, quia majus sit æs alienum, quam
ut, eo deducto, quicquam legatis supersit,
idque justo errore ductus faciat, quia bona
defuncti adhuc lateant? Hac quidem exce-
ptione, atque hoc errore juste ad judicium
provocat. *L. 3. in princ. hic.* Nam si ita se
res haberet, ut putat: Falcidiæ legis ra-
tione interveniente, nihil deberetur. *L. 1.
§. hæc verba. Si cui plus, quam per leg.
Falcid.* Ergo etsi postea appareat, plus esse
in bonis, quam debeatur, atque ita con-
demnetur, ut evenit in specie Papiniani
sub hoc *Tituli* relata in *L. 3.* non tamen
moram fecisse videbitur, ut idem Papinia-
nus scribit: si modo fraudandi caussa nihil
ab eo factum sit. *L. si modo hic.* Quod ita
fit, si non potuit scire alia bona esse, quam
quæ tunc in aperto erant, cum res pete-
batur. Sed etsi id ipsum metuat heres, dum
ignorat defuncti bona: interim moram non
faciet, si nihil dolo malo ab eo cessetur. † 38
Afferam et hujus rei aliud exemplum. Quid.

si debitori liberatio testamento legata sit, idque testamentum debitorem non lateat: codicillis autem qui lateant, et liberatio adempta sit? Non videbitur, ut opinor, moram facere heres, qui se nihil debere contendat, cum codicillos ignoret: scilicet quod nulla caussa sit, cur non putet se liberatum esse, nec quicquam fraudandi caussa in ea re simulet. Ex quibus intelligi de-
39 bet, † ne in judicio quidem ipso moram fieri, cum sine dolo malo ad id provocatur. Quod ita fit, si re petita, nihil sciat reus esse, nihil videat cur petitori statim restituere debeat. Hinc illæ regulæ: qui judicium accipere paratus est, moram non facit, si juste ad judicium provocavit. *L. si quis solutioni. L. paratum, hic.* Item, qui sine dolo malo ad judicium provocat, moram facere non videtur, *L. qui sine, de reg. jur.*

40 In eadem caussa est cum superioribus, † qui scit, se debere, quod petitur: sed ab eo convenitur, quicum non contraxit: ignorat autem ipsum jus petendi habere. Nam cur huic debitor rem restituat, quem non novit? Nihil ergo improbe faciat, si recuset, nec teneatur domino, si res interim perempta sit: utputa si quis inficiatus sit non adversus dominum, sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret esse, aut ejus, qui deposuisset, heredem. *L. si quis inficiatus. deposit.* in quibus tamen omnibus si postea cognoverit reus secum recte agi: ex eo tempore moram faciet, si reddere rem noluerit. *d. L. si quis inficiatus depos.*

Faciamus et recte interpellari debitorem:
41 et scire se, quod petitur, debere: † non tamen in mora est (nam hoc fuit in his caussis recusandi tertium) si, quod petitum est, tum, cum petitur, in sua potestate non habuit, ut rem creditori expedire posset: puta si servum interim sine dolo malo alio amandarit, et petit reus, ut expectetur, dum redeat. Cui rei tamen illud adjiciendum est, ut neque fecerit reus, quominus haberet. *L. quod te, si cert. pet.* Nam qui hominem occidit ante, quam peteretur, non evadet actionem, si aliquando ab eo petetur: cum per eum factum sit quominus eum daret, parumque retulerit, sciens, an ignorans eum occiderit. *L. si ex legati caussa. L. si servum, in prin. de verb. oblig.* Quid enim refert, prudens, an ignorans mihi nocuerit?

Atque hæc in specie debita expeditam rationem habent, cum ipsa præstari debeat: non possit autem præstari, si in promptu non sit. At ne in pecunia quidem numerata statim debitor, si interpellatus eam non solvit, moram facit. Neque enim cum sacco contrahere intelligitur, unde eam continuo debeat expromere. *L. quod dicimus, de solut.* Modicum intervallum debitori largiendum est ad pecuniam expediendam, non minus, quam decem dierum. Hoc enim in constituta pecunia probat Ulpianus in *L. promissor, Stichi, §. 1. de constit. pec.* Cur non idem in cæteris debitoribus probare debeamus, nulla probabilis ratio reddi potest.

Postremo, etsi debitor rem habeat, quam det, et sciat, a se recte peti: tamen † si ob 42
id ad aliquod tempus differt, ut rem in tuto constituat, idest recte solvat, neque amplius, quam debet, neve postquam solverit, iterum conveniatur: non sine justa ratione interim differre videtur, qui nihil frustrandi creditoris caussa faciat, sed id solum agat, ut sibi cautum sit. Cujus rei apud Paulum † hæc exempla sunt in *L. sciendum hic:* 43
si forte amicos adhibendos debitor curet vel debito expediendo, vel fidejussoribus rogandis. Amici enim debitum expedire potuerunt, si forte de ratione implicatiore mihi cum creditore res sit: itaque facient, ne amplius solvam, quam reliquum sit. Adhibebuntur etiam amici rei testificandæ caussa, ut sciri possit me solvisse. Neque enim parvi refert, quos testes adhibeam, mihi notos, an ignotos, exteros, an tales, quos, cum opus erit, requirere possim. Fidejussores etiam interest adhiberi, vel ut videant, quod solvatur, ne iterum solvant: vel ut ne debitor totum solvat, si quid forte illi jam ante solverit.

Ad hanc caussam referri debet et † si de- 44
bitor conveniatur, sed ab eo, cui recte solvi non potest, ut minori. *L. cum quidam, §. si pupillo, hic.* Nam † pupillo sine tutoris 45
auctoritate ad liberationem inutiliter solvitur. *§. ult. Instit. Quib. alien. non lic.* et adultus minor restitui in integrum potest. *C. si adver. solut.* Æquum est autem, dum a debitore solvitur, sic solvi, ut securus ea solutione reddatur.

Quibus caussis detractis, aut si quæ sunt similes (vereor enim ne in his etiam persequendis longior fuerim, quam necesse est) si debitor interpellatus non solverit, hic demum moram facere intelligetur. Quæ omnes caussæ cum in facto positæ sint, cumque multæ justæ exceptiones ex hoc genere variis, et infinitis circumstantiis quotidie in-

currentibus reo nasci possint, ut ne interim solvere cogatur: non mirum, si Papinianus
46 hanc rem definire volens, † quando mora fieri intelligatur, difficilem dixit esse ejus rei definitionem: ac ne definitione quidem ulla, aut quæstione decidi posse, idest nulla regula comprehendi, quando mora fieri vi-
47 deatur. † *Definitionem* enim non verbi explicationem intelligit, sed regulam: et *definire*, regula complecti, ut recte annotavit Budæus in explicatione ejus regulæ, *Omnis definitio in jure periculosa est.* Quo verbo Jureconsultus regulam intelligit eandem scilicet, quæ in *L. regula. de reg. jur.* definitur, cum multi casus speciales una aliqua regula deciduntur, jusque de iis proponitur. Ulpianus in *L. de pupillo. §. belle.* de novi oper. nunc. *Belle*, inquit, *Pedius definit*, *triplicem esse operis novi nunciationem. Definit*, idest decidit, ac pronunciat, sive statuit.

Sed generali jure proposito, quod communiter in omnes valeat, ex quo intelligi-
48 tur moram ex persona fieri non ex re: † sciendum est, singulari hoc jure quibusdam in caussis contra receptum esse, ut mora ex re fiat, etiam sine alia interpellatione. De
49 quibus breviter nunc dicam. † Id enim intelligi debet, moram ex re fieri, cum hoc ipso, quod debitor non solvit, cum sciat se debere, perinde tamen obstringitur, quasi per eum stetisset; neque aliter liberator, quam si rem, quam debet, ipse obtulerit. *L. curabit. C. de act. empt. L. Titia Sejo*, §. 1. *de legat* 2. *L. videamus*, 2. §. *sed etsi per mulierem, hic.*

50 Hoc † primum in persona minorum favore ipsorum receptum est. Itaque cum in bonæ fidei judiciis, necnon legatis, et fideicommissis ex mora usuræ debeantur, ut diximus: *L. usuræ vicem. L. mora.* §. *in bonæ, hic*; pupillo si quid ex caussa legati, aut ex bonæ fidei judicio debebitur, veluti precium ex emptione: ex ipso tempore tardæ solutionis usuræ, quasi mora facta, debebuntur. *L. in minorum. C. in quibus caus. rest. in integ. non est neces. d. L. curabit, C. de act. empt.* Hoc est, quod Papinianus *hoc titulo* in *L.* 1. scripsit, circa tutelæ restitutionem pro favore pupillorum latiorem interpretationem factam esse. Neminem enim ambigere, sive judex accipiatur, in diem sententiæ: sive sine judice tutela restituatur, in eum diem, quo restituitur, usuras præstari. Quod igitur dicit, pupillo usuras præstari ex bonæ fidei judicio, nempe tutelæ actione: non est hic favor pupillorum. Nam et in aliis bonæ fidei judiciis usuræ ex mora veniunt. Quod præstari ait sine ulla petitione ex eo tempore, quo quid ex tutela deberi cœpit in eum usque diem, quo tutela restituitur: id vero est, quod pro favore pupillorum constitutum esse intelligit, moram scilicet ex re ipsa fieri sine ulla alia interpellatione. Quæ tamen ita fit, si debitor habuit, cui solveret. Nam, si nemo alius fuit: quia pupillo non recte solvitur, nihil est, quod debitori imputari possit, *L. cum quidam. §. si pupillo. hic.*

Similis † favor est, in caussa libertatis te- 51
stamento fideicommissæ, ut simul atque libertas peti potuit, quamvis petita non sit, partus ex ancilla natus pro libero habeatur perinde, quasi libertas petita esset, ut et mora in rem facta intelligatur. *L. cum vero*, §. *apparet*, *in prin.* et versic. *Quod igitur. De fideic. liber.* Cujus juris rationem reddit Ulpianus in §. apparet. *Plerumque enim*, inquit, *per ignaviam*, *vel per timiditatem eorum*, *quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam juris sui, vel per auctoritatem*, *et dignitatem eorum*, *a quibus relicta est*; *vel serius petitur vel in totum non petitur fideicommissa libertas.* Ex quibus intelligi potest, cur similiter hoc in persona minorum constitutum sit, ut ex re ipsa mora fiat. Constat enim satis, quam magna vel ignorantia ejus ætatis sit, et imperitia, vel pudor, vel juris sui securitas, et utilitatis nulla provisio. Quibus rebus itidem evenit, ut vel tardius petant quod debetur, vel in totum etiam ne petant.

Nonnunquam accidit tempus, cum nullo favore vel personæ, vel caussæ, mora justa de caussa in rem decernatur. † Id fit, cum 52
nemo exstat, qui conveniatur. *L. sed etsi*, §. *ult. hic.* Ut igitur edicto Prætoris in rebus nostris amittendis adversus aliorum adsentiam provisum est: ita hic, si creditor debitorem convenire voluit, neque potuit, cum abesset: æquum est, adversarii absentiam illi fraudi non esse, si, cum rem receptam distrahere posset, illa interim perierit. Quod † recte mihi videtur dici in rem *de-* 53
cerni: quia non, nisi caussa cognita, id statuatur, an mora hoc casu facta sit. Veruntamen utrunque recte legitur in *d. L. sed etsi*, et moram in rem *decerni*, et moram in re *discerni*.

Sed, ut intelligere liceat, quam vim hæc mora habeat, quam ex re in superscriptis caussis fieri dicimus, quamque hæc mora potius non sit proprie, sed personæ, aut rei gratia sine vitio debitoris inducantur:

54 † inter hanc, et illam superiorem hoc maxime interest, quod, cum in re solum mora est, finita caussa, propter quam mora recipitur, desinit mora fieri, ut si minor decesserit, si vicesimum annum excesserit. Quia re vera mora non fuit, sed beneficium tantum personæ Idemque judicandum est in eo debitore, quo absente, in rem mora facta est, si forte is postea redierit, nec
55 fuerit, deinde a creditore interpellatus. † Mora autem re vera interveniente ejusmodi, qualem antea descripsimus, semel cœpta deinceps in re perseverat, nec tempore, aut personis postea mutatur, nisi si purgetur *L. Titia Sejo*, *§. usuras, de legat.* 2.

Quibus expositis, quid sit in hac re, et quando debitor in mora esse videatur intellectum puto. Deinceps igitur, ut est proposi-
56 tum, quoniam ita definimus, † moram suam unicuique nocivam esse : *L. in condemnatio-*
57 *ne*, *§. unicuique de reg. jur.* † quæ moræ incommoda sint, quæ debitor, mora facta, præstare debeat, dicatur. Ac fere quidem nobis exposita sunt ea, quæ extra rem, quæ in obligatione est, mora facta præstare debeat, et quibus in judiciis : fructus dico, caussam, et accessiones cæteras, quas res diximus ex mora præstandas esse in bonæ fidei judiciis ; in aliis non item. Nam quod in stricti juris judiciis tunc, cum factum non esset, quod fieri debuit, id quod in-
58 terest præstatur, † non tam ex mora id fit, quam natura obligationis. Neque id accessio est, sed id ipsum, quod principaliter
59 in his caussis debeatur. † De re autem ipsa, quæ et deterior fieri potest, et perire, commune hoc omnium obligationum, et judiciorum, ut post moram utrumque hoc incommodum debitor præstet. In quo illa veterum regula, et præceptio valet, eaque sola de mora ab iis generaliter usurpata est, quam
60 tenere debeamus, † moram perpetuare obligationem. *L. si servum*, *§. sequitur*, *de verb. oblig.* Quæ eam sententiam habet, videlicet, ut, quicquid in re acciderit, post moram, ut aut res interiret, aut dimueretur, perinde teneatur debitor, quasi res extaret, ea quæ jam olim petita est.

61 Ac primum † certo jure utimur, quæcunque res debetur, si sine culpa, et mora debitoris interierit, debitorem liberari : si per eum factum sit, quominus daret, idest si moram fecerit, ac res postea perierit : ejus videlicet detrimentum esse dicimus, perindeque teneri, ac si res adhuc extaret. *L. quod te, si cert pet. L. si ex legati caussa*, *L. nemo*, *§. ult. de verb. oblig.* Id autem nihil aliud est, nisi perpetuum fieri obligationem. Maneret enim utique obligatio, si re vera extaret, quod peteretur.

Hoc loco existit quæstio, † præstet ne 62
interitum rei debitor post moram, etiamsi fato, vel natura sua res perierit, ut maxime eodem modo apud creditorem peritura fuerit. Et, si nobis constare volumus, ne quid mora debitoris creditori damnosa sit, dicendum est, præstare debere, ac proinde æstimationem deberi, si rem restitutam creditor distrahere potuerit : justissima ratione, ut quod ille lucrari potuit, si rem recepisset ; hoc ipsum saltem post moram a debitore consequatur. Ulpianus in *L. cum res. §. ult. de legat.* 1. Item si fundus chasmate perierit : Labeo ait, ut utique æstimationem non deberi. Quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius distrahere. Satis habet igitur Ulpianus, quod legatarius rem distrahere potuit, non hoc spectans, an etiam probari possit, eum fuisse distracturum, vel quod id jactaret, vel quod homo pauper esset. Imo adeo si homo locuples fuit, qui fundum receptum non facile esset venditurus : quia tamen vendere potuit, putat æstimationem consecuturum. Non enim quid non habeat, sed quid haberet, si vellet, considerandum est. Idem *L. Item si verberatum*, *§. ult. de rei vindic. Si servus petitus, vel aliud animal demortuum sit sine dolo*, *et culpa possessoris : precium non esse præstandum*, *plerisque placuit. Sed est verius*, *si forte distracturus erat petitor, si accepisset : moram passo debere præstare. Nam, si ei restituisset*, inquit, *distraxisset*, *et precium lucratus esset.* Quid hoc est ? *Si ei restituisset, distraxisset?*

Minime vero, dicet aliquis, hoc necesse est, si petitori res restituta esset, fuisse distracturum. Non nego. Sed hoc sic accipiendum est, *distraxisset*, si vellet : ut totus hic locus secundum illum alterum ejusdem Ulpiani accipi debeat, ut precium, quamvis re extincta, debeatur, si petitor eam distracturus erat, idest si distrahere potuit : vel, quod idem est, distractus erat, si modo vellet. Nam, nisi ita esset : non ita, quasi explorata ratione, subjiceret, illum fuisse distracturum Quod non semper accidit : quin potius, ut plurimum fit contra. Loquitur autem, ut apparet, utroque in loco de re, quæ sine dolo malo, et culpa possessoris, perierit vel natura sua, ut morte : vel fato, ut chasmate. Quorum utrumque in re etiam restituta accidisset : ut hoc jam exploratum relinquatur, quocunque

modo res perierit, sive culpa, sive absque culpa: fato, aut secus: semper æstimationem deberi post moram, si rem acceptam creditor distrahere potuerit. Et recte non enim res peritur fuisse videtur creditori, cujus precium habere potuit, etiam si maxime corpus absit. *L. Labeo, de verb. signific.*

63 Quod † si rem acceptam nec distracturus fuit creditor, idest si non potuit distrahere; cum culpa rei non perierit, sed fato et natura sua, nec precium restituere debebit, is eum quo actum est, sed periculum ad petitorem pertinebit. *L. si plures, §. ult. depositi. L. item si cum exceptione, §. si autem, de eo. quod met. causa.* Merito. Non enim est æquum, id exigere petitorem, re demortua, quod nec habiturus esset, si res esset restituta. Itaque verba Caii hæc, quibus utitur in *L. si plures,* depos. *quia æquum sit, naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura sit ea res, etsi restituta esset,* sic interpretori non ut reddat rationem, cur naturalis interitus ad actorem pertineat, quia interitura sit ea res, etsi restituta esset: sed ut interpretetur quod dixerat, naturalem interitum ad actorem pertinere, id fieri utique, idest tunc, cum res interitura fuerit, si esset restituta. Nisi forte *naturalem interitum* rei sic accipimus, cum res senio et vetustate confecta est. Quod nescio, an satis Jureconsultus significet, et tamen eodem redit. Non enim, ut ante, dixi, intelligere debemus, rem interituram fuisse petitori, si asservata eodem casu interitura esset secundum corpus; sed ita, si nec eam distrahere potuit, nec precium lucrari. Nam qui precium rei habere, huic nequaquam res periisse putanda est.

Sed non potest, inquis, ita res periisse, ut non ante petitor eam distrahere potuerit. Sic fit, ut nunquam interitus ad actorem, sed semper ad reum pertineat, contra manifestam Caii, et aliorum locorum sententiam. Imo vero multis de caussis accidit, ut, quamvis res nostra fuerit, eamque possideremus: distracturi tamen non fuerimus, quia jure prohibeamur. Finge, pupillum esse, qui prædium, qui ædes suas repetat. Non potuerunt eæ res, etsi restitutæ essent, a pupillo

64 sine decreto alienari. † Neque porro ex decreto alienatio permittitur, si aliunde habeat, unde se sustentet, et creditoribus satisfaciat. *L. 1. de reb. eorum qui sub tut. vel curat. sunt.* Quid, si res erit ab herede ex die, aut sub conditione ex fideicommisso relicta, quæ ante diem, aut conditionem ab

65 illo vindicetur? † Istarum rerum alienatio jure interdicta est. *L. ult. §. sed quia,* cum, *§. seq. Aut Res. quæ. C. com. de legat.* Fingo igitur, interim periisse sua natura, et fato sine culpa possessoris. An non res erit, quæ heredi eodem modo peritura fuerit, quia jure distrahere non posset? Sit pater, qui filium suum ex servitute tanquam servum suum, vel sibi debitum, repetat ad manumittendum. Is filius interim perjerit sine culpa possessoris. Inique faciat pater, si precium ejus petat, quandoquidem illi isto modo petiisset. Non enim fuit distracturus, quem imprimis manumissum cupiebat, eaque gratia etiam petebat. Ne exemplis res indigeat, si ibi ædes meæ ædificatæ sint, quas nunc peto, ubi ex publico decreto destrui jubeantur, atque interim incendio consumptæ sint: videturne quisquam eas empturus fuisse, etiam si reddidissem? Nemo dicet. Hoc modo igitur intelligendum est, rem petitori fuisse perituram, quamvis restituta esset, quia nec eam vendere potuerit: proinde etiam detrimentum ad eum pertinere secundum ea, quæ diximus. Et breviter quod creditor, re restituta habere potuit, id, ea amissa, illi præstari æquum est. Quod, re restituta, non esset consecuturus: id vero nec, ea perempta, æquum est ab illo exigi.

Cum autem constet, mora facta perpetuari obligationem, ut deinceps perinde debitor teneatur, quasi res extaret, etsi perjerit: *d. L. nemo, §. ult. de verbor. oblig.* † consequens est, hoc posito, non solum ipsum teneri post moram: sed etiam eos omnes, qui, re vere extante, eo nomine tenerentur, nempe heredes debitoris, et accessiones, idest fidejussores, ac cæteros, qui ex obligatione alterius per consequentias eo nomine conveniuntur. Idest quod Paulus significat in *L. si servum, §. videamus, et seq. de verb. oblig.* dum istis omnibus produci, et perpetuari obligationem ait, ac non tantum in persona eorum, qui ipsi moram fecerunt. Hoc est, quod apertius alibi traditum est, † moram rei nocere quoque fidejussori. *L. si quis solutioni, §. 1. hic. L. mora, de verb. oblig.* Nec quisquam iniquum esse putet, eum fidejussor nihil fecerit, sitque etiam extra omnem culpam, ex alieno facto teneri. In totum enim ex persona sua hic non convenitur, sed debitoris, qui, cum perinde teneatur, quasi res extet; necesse est, ut fidejussor quoque idem præstet, qui eam obligationem sua fide esse jusserit. Teneretur enim sine dubio, si res extaret. 66 67

At enim fidejussoris obligatio mora rei augeri non potest. Non enim, si quid interersit creditoris propter moram, id a fide-

jussore exigi ultra quam promisit, æquum est. *L. centum Capuæ, de eo quod cer. loc.*

68 † Sed aliud est augeri fidejussoris obligationem; aliud non minui. Quemadmodum igitur non augebitur propter moram debitoris: ita propter eandem caussam minui iniquum est. Nunc autem, cum fidejussor ex persona rei convenitur, non augetur ejus obligatio, sed non minuitur.

69 Sed † et illa consequentia sunt, ut et res adhuc peti possit, et obligatio accepto fieri, et possit etiam novari. *L. si servum, §. ult. de verb. oblig.* Hæc enim omnia locum haberent, si re vera res extaret: ut generaliter hic dicendum sit, moram efficere, ut res semper extare videatur.

Quod in re tota extincta diximus, ut mo-
70 ra perpetuam faciat obligationem, † idem etsi qua in parte res diminuta, corrupta, vitiatave, aut quo modo deterior facta sit: dicendum est, ut in eo quoque perpetua obligatio sit, eoque nomine debitor teneatur, quanto res deterior facta fuerit. Huc pertinet quod Ulpianus in *L. 3. in fi. de cond. tritic.* scripsit, cum res deterior reddatur post moram; eum qui reddat, non liberari. Quare ad tempus moræ in his reducendam esse æstimationem. Item quod idem scribit, furem deteriorem rem dando
71 non liberari. † Semper enim videri moram facere in *L. in re furtiva, §. 1. de cond. furt.* Ex quo declarat generaliter, qui moram faciat, in eadem caussa esse, cum mora in caussa sit, cur re deteriore reddenda fur non liberetur.

72 Quod † si res manebit, quæ fuerat, et erit integra: quod in stricti quidem juris judiciis (nam in bonæ fidei judiciis aliud juris est) quod in illis, inquam, præter rem ex mora petatur, nihil est. Itaque neque id, quod interest, peti posse, usquam relatum est. Id quod si creditor consequi posset: fructus ex mora consequeretur, quos illi non
73 abesse plurimum ejus interest. At † hi certo jure non petuntur ex stipulatu ejusdemque generis actionibus, etsi mora facta sit. *L. videamus, §. si actionem, de usur.* Ac † ne in
74 vino quidem, et oleo, cæterisque rebus similibus, si res post moram evilverit, æstimatio rei præstatur ejus temporis, quo mora facta est; sed, si certo die dari debuit res, æstimatur, quanti tunc fuerit: sin minus, quanti tunc, cum petita est: idest quanti fuit tempore litis contestatæ. *L. vinum, si cer. pet. L. ult. de cond. tritic. L. 3. §. in hac commod.* Quod sane vel maximo argumento est, non ideo illorum temporum æstimationem fieri, quia mora facta sit (quod si esset, satis fuisset idem hoc ipsum de omni mora in universum dicere): sed ideo, quia ita convenerat, ut illo tempora præstarentur, quod factum non est. Atque † ego generaliter ex mora 75
peti posse id, quod interest, intelligo, si factum non sit, quod fieri debuit, ut jam ante dixi ut si fundum certa die præstari stipulatus sim, neque traditus sit: in id, quod mea interest, agere possum: *L. si fundum certa die, de verb. oblig.* † non tamen ideo, quia mora 76
facta est: sed pro jure communi, quod valet in omnibus faciendi obligationibus, quia factum non sit, quod fieri debuit. *L. si quis ab alio, §. ult. de re. judic. L. stipulationes non dividuntur, §. Celsus, de verb. oblig.*

Cum sint hæc incommoda moræ, quæ in debitore hereant, ut, quamvis nihil dolo malo, culpave in ea re fecerit, periculo tamen rei obstringatur, tum in bonæ fidei judiciis fructuum et usurarum præstatione: tamen † 77
sciendum est, non semper usque ad extremum hæc incommoda debitorem sequi, sed certis modis purgari moram, ac finiri, sic, ut ille omni periculo liberetur. Id dupliciter efficitur, aut voluntate creditoris, aut ipsius debitoris opera.

Voluntate creditoris. † cum sua sponte 78
remisit, ut Papinianus loquitur, repetendi debiti instantiam. *L. mora. hic.* Id † quod sine 79
ulla alia manifesta testatione etiam tum fecisse intelligitur, cum, aut præsente re debita, aut absente, eandem rem ab illo novandi animo pure stipulatus est. *L. parvi, de cond. fur.* Nam cum veterem obligationem in novam transtulerit, et ex nova nulla mora sit, ex qua res jam solum debetur; priore illa sublata, necesse est, mora, quæ inde oritur, extinguatur. Ac, sive novatio effectum habeat, sive non habeat: tamen, quia creditor subesse potavit, voluitque, vetere relicta, ex sequenti expectare: voluntate ejus mora finitur. *L. scire, §. ult. de verb. oblig.* Hæc tamen ita, ut dixi, si pure novandi animo stipulatio sequens interposita est. † Cæterum, si credi 80
tor eandem rem sub conditione stipulatus est, quia prior obligatio non statim tollitur, sed tunc demum novatio fit, cum conditio posterioris stipulationis extiterit: mora non extinguitur, nisi, re præsente, stipulatio sequens interposita sit: quod si accidat, ut res præsens sit, etiam hic mora finietur. Nam qui rem præsentem non accepit, sed maluit ex posteriore stipulatione expectare, haud dubium id quidem est, quin hic debitori debiti repetendi instantiam remiserit. Hæc ita Marcellus in *L. qui decem, §. 1. de solut.*

81 De facto autem rei † placet, cum, qui in-
terpellatus aliquando dare noluit, post offe-
rentem periculo liberari, quamvis invito
creditore. *L. interdum*, §. *ult. L. qui servum*,
§. *sequitur, de verb. obli. L. qui decem*, §. 1.
82 *de solut.* Quo facto proprie, atque usitata †
purgare moram, eluere, emendare, delere de-
bitur a Jureconsultis dicitur, cum scilicet ita
deleas, quasi nulla sit, nihiloque magis te-
nearis, quam si non fecisses. Nec, quia debi-
tor aliquando interpellatus improbe solutio-
nem distulit; ideo creditor nunc, illo offerente,
juste recusaverit. Nec præfecte regulam juris
accipimus, post moram perpetuari obliga-
tionem, ut ejus rei periculum effugere non
liceat, quin solvere necesse sit. Hæc enim
quæstio, ut Celsus adolescens dicebat, de
æquo, et bono est. *in quo genere plerunque*,
inquit. *sub auctoritate juris scientiæ perni-
ciose erratur. L. si servum*, §. *sequitur, de
verb. oblig.* Non est autem æquum, teneri,
pecunia amissa, eum, qui non teneretur, si
creditor accipere voluisset, ut recte Marcel-
lus disputat in *L. qui decem. in princ. de solut.*
83 Et eleganter definit, † pro soluto haberi opo-
tere id, in quo creditor accipiendo moram
fecit. Recte etiam Paulus in *d. L. si servum*,
§. *sequitur*. de verb. oblig. *Cum de damno
quæritur*, inquit, *et par utriusque caussa est,
quare non potentior sit, qui tenet, quam qui
persequitur?* sic fit, ut unicuique mora sua
noceat juxta regulam juris. *L. in condemna-
tionem* §. *unicuique de reg. jur.* Hinc dictum
84 est, † posteriorem moram nocere. *L. illud, de
peri. et com. rei vend.*

Sed, cum dicimus, moram purgari, ut
periculo rei liberetur debitor: diligenter,
quid a nobis dicatur, considerandum est.
Nempe hoc eo pertinet, ut ne futuros casus
rei debitor præstat, ex quo moram facere
85 desierit Cæterum † si quid propter præce-
dentem moram jam intersit creditoris, si
qua in re jus illius factum sit deterius; etiam
atque etiam animadvertendum est, hujus
rei actionem illum postea offerendo evitare
non posse. Diligentia enim sua, et cautione
sibi in futurum prospicere potuit; eo modo,
deteriorem conditionem creditoris facere
non potuit. Quapropter nihilominus, si qua
in re res petita deterior facta sit, id sem-
per ab illo consequi poterit. *L. utique, de re-
cept. arbit.*

Quæ in re, quæ debetur, offerenda dixi-
86 mus, † eadem omnia in faciendi obligatio-
nibus intelligenda sunt. Nam et cum præte-
rierit tantum temporis, intra quod opus fieri
potuerit; non jam factum ipsum, sed pecunia
peti potest. *L. stipulationes*, §. *Celsus, et* §.
ult. de verb. oblig. Veruntamen, † si ante 87
litem contestatam redemptor operis insulam
ædificet, idest faciat quod in se est: hunc
quoque liberari placet. *L. si insulam, de verb.
oblig.* Et rursum † hoc quoque sic accipien- 88
dum est, nisi quid jam mea intersit, quod
huc usque cessaveris. Finge, ligna tempore
corrupta esse; finge cæmenta, lapides, ope-
rarum aliquas mercedes periisse, rem mihi
vacasse, eum fructus interim percipere lice-
ret. Ea mihi abs te omnia præstari æquum
est. Et sane de eo, quod mihi incommodatum
est, cum mihi jam abs te actio nata sit; eam
actionem mihi facto tuo adimere non potest.
L. ita quis, §. *Seja. L. stipulationes*, §. *ult.
L. existimo*, §. *ult. de verb. oblig.* Quod ergo
dicitur, posse te postea ædificantem liberari,
sic intelligendum est; posse te liberari, ne
pecuniam pro eo, quod facere debueras, si
omnino non faceres, præstare cogare, ubi
nunc ædificando nihilo pluris intersit mea,
quam si ab initio esset ædificatum: non ut
si qua in re mea intersit, quod antea, cum
posse, non ædificaveris, quamvis nunc ædi-
fices, ejus rei præstationem evites, cum jam
mihi damnum datum sit. Et in summa obla-
tio rei, ne in aliquod sequentis temporis pe-
riculum incurras propter cessationem tuam,
efficere potest, ut creditoris non intersit, si
quid jam interest, præstare non potest.

Quo † fit, ut illic quoque supervacua sit 89
rei debitæ oblatio post moram, cum aliquid
creditori deberi cœperit ex mora, quod quo-
minus debeatur ex conventione, evitari non
possit. Id accidit, quoties certo die aliquid
promissum est, ac, nisi eo die daretur, pœna
in stipulatum deducta est. Nam, si sua die
res data non sit, pœna deberi cœpit necessa-
rio ex conventione, qua commissa, non pos-
sit efficere postea ulla oblatione, quin verum
sit, te semel pœnam debere cœpisse. *L. Cel-
sus, de re cep. arb. L. trajectitiæ, de obligat.
et act.* Absurdum sit autem actionem credi-
tori quæsitam invito auferri. *L. habere, de
evict. L. pen. de pact.* Denique quod jam
creditori acquisitum sit per debitoris moram,
in eo de purgatione moræ quærere superva-
cuum est. In quo autem res adhuc integra
est, id est, cum nihil aliud debetur, quam
quod in obligatione a principio fuit, nec
mora jus actoris factum est deterius: in eo,
dum futurum periculum timemus, ei pericu-
lo jam ante occurrere possumus, rem, quæ
debetur, offerendo. In eoque moræ purgatio
locum habet.

Atque hoc de pœnali stipulatione dictum

est a nobis, cum in stipulatione principali
certus dies dictus est solutioni, ac deinde
90 pœnalis stipulatio secuta est. Nam † si pure
aliquid debeatur, quod, nisi solutum sit pœ-
na promittatur: etsi mora facta sit a debito-
re: rem tamen postea offerendo pœnam evi-
tabit. Nimirum ob id, quod pœnalis stipulatio
hoc casu commissa non est, et ideo nondum
pœna debetur. Nondum enim verum est,
debitorem non dedisse, quod illum dare o-
portuit. *L. 1. de penu. leg.*
91 Unum plane genus stipulationis in his †
excipio. Ea est, quæ fit judicio sistendi caus-
sa. Cum enim ita convenit, ut quis judicio
certo die sisteretur ac, nisi sisteretur, pœna
promissa est; etsi eo die statum non sit: si
tamen post tres, aut quinque, pluresve dies,
quam judicio sisti se reus promisit, secum
agendi potestatem fecerit, nec actoris jus de-
terius ex mora factum sit: Cajo placet, de-
fendi eum debere per exceptionem, *L. etsi
post tres, siquis caut.* Non quod non summo
jure hic pœna commissa sit: sed quia ini-
quum sit pœnam exigi, quæ propter metum
ejus, quod interest creditoris, promissa est,
cum palam est ejus nihil interesse.
92 At enim traditum est, † cum pœnam sti-
pulamur, non inspici, quid intersit: sed hoc
solum, an id factum non sit, quod fieri de-
buit. *L. stipulatio ista, §. alteri, de verb.
oblig.* Concedo, cum illud constat, nihil aliud
spectasse stipulatorem, nisi ut id fieret, quod
fieri voluit. Enimvero ubi id spectavit, ut id
fieret ad suum aliquod commodum, quod
voluit, idque certum est: non debet, si nihil
ejus intersit, pœnam petere, quia non id
actum est. Id quod in hoc genere stipulatio-
nis apparet. Nam qui stipulatur adversarium
judicio sisti, non eo stipulatur, quia libeat
illum in judicio conspicari: sed ut eum ipso
liceat eo tempore, ut vult, de jure suo expe-
riri. Demus igitur alio tempore stetisse nun
non multo post, et æque commode cum illo
experiri posse. Et durum, et iniquum est
pœnam exigere. Non enim hic verba stipu-
tionis, sed sensum et mentem intueri deba-
mus. Contra sententiam autem stipulatoris
93 nihil factum est, si ejus nihil interest. †
Præclare vero a veteribus dictum est, sum-
mum jus summam esse crucem. Quod si
commodum ullo modo esse posset, illo tem-
pore aliquid fieri: etiam si non probaretur,
commissa esset pœna. *L. Celsus, de recept.
arb.* Nunc nihil interesse perspicuum est.
Atque etiam hic sciendum est, quibus in
94 caussis moram purgari posse diximus, † ante
litem contestatam duntaxat purgari posse:
post litem contestatam non posse. † Idque 95
sine dubitatione in faciendi obligationibus
receptum est. Cum enim petita sit pecunia,
ob id, quod opus factum non est: post litem
contestatam nihil jam in judicio, nisi pecu-
nia, versatur. Quo fit, ut opus faciendo,
nempe aliud pro alio solvendo, debitor non
liberetur. *L. si insulam, de verb. oblig.* Sed
de specie debita dubitabatur. Nam si eam
post litem contestatam offerat debitor, id
ipsum offert, quod petitum est. † Sed verius 96
est, ne hic quidem factum actoris, nisi us-
que ad tempus judicii, ipsi nocere. *L. sed
etsi alia, de constit. pecu.* Non quo non de-
bitor actori satisfaciendo, idest rem, et dam-
na litis præstando, officio judicis absolvi
debeat: *§. ult. Instit. de perp. et tempo act.*
sed quod vel secundum eam regulam, nisi
judicis officio absolvatur, nihil sine justa
caussa recusari a creditore videatur, qui,
lite suscepta, semel rem totam arbitrio judi-
cis permiserit. Et sane constat, † judici sta- 97
tim, atque judex factus est, omnium rerum
officium incumbere, quæcunque in judicio
versantur. *L. Ædilos, §. item sciendum de
æd. edict.* Ito fit, ut actor rem oblatam re-
cte recusare possit, si dicat, non omnia sibi
reddi, quæ oportet. Nam, si præter rem cæ-
tera quoque offerantur, quæ petitoris inter-
sunt: neminem arbitror tam fore suis ratio-
nibus inimicum, ut id, quod offertur, sit
recusaturus.
Atque hæc de debitore dicta sunt illa
quidem: † sed ita, ut, mutata persona de- 98
bitoris, eadem omnia in creditore accipere
debeamus, si is in eo, quod offertur, acci-
piendo moram fecerit. De quo superest, ut
pro instituto jam breviter cognoscamus. Ut
igitur debitoris sua mora nocet: ita nocet et
creditori. Itaque † non solum si rem oblatam 99
creditor accipere noluerit, eaque postea pe-
rierit, debitor liberatur, ut modo diximus:
L. si servum, §. sequitur, de verb. obligat.
sed etiam in nummis, † si debitor decem, 100
quæ debet, obtulerit creditori, et ille sine
justa caussa accipere recusaverit, deinde de-
bitor ea sine culpa sua perdiderit: doli mali
exceptione poterit se tueri, quanquam ali-
quando interpellatus non solverit. Quamvis
enim verum sit, quæ decem perierunt, non
ea fuisse, quæ debebantur, † vulgoque dici 101
soleat, genus, ut pecuniam debitam, perire
non posse: *L. incendium, C. si cert. pet.* ta-
men rectissime Marcellus: *Non est,* inquit,
*æquum teneri, pecunia amissa, eum, qui non
teneretur, si creditor accipere voluisset.* L. qui
decem, *de solut.*

Sed, ut debitor, quamvis interpellatus, si
justa de caussa non solvit, moram non facit:
102 ita † creditor moram facere in accipiendo
intelligitur is solum, qui, quod opportuno
103 loco, et tempore offertur, recusat accipere. †
Quod autem secus offertur, ejus recusandi
honesta ratio est. *L. si soluturus, de solut. L.
qui Romæ, in prin. de verb. oblig.*

Jam quod diximus debitorem, cum moram
fecerit, rem postea offerendo purgare moram:
† idem quoque in creditore intelligendum 104
est, ut si, postquam rem accipere recusarat,
eam rursus a debitore petat: ille recusando
moram facere intelligatur, si non res ipsa
sine culpa ejus jam perierit. *d. L. qui decem,
de solut. L. debitor, hic.* Adeo † illud vere 105
dictum est, moram posteriorem unicuique
nocere. *L. illud. de pec. et commo. rei vend.*
Hactenus de mora.

HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

COMMENTARIA

Ad L. penult. *Gallus. TIT. D. de Liberis et Postumis.*

Scævola *lib.* 7. *Quæstionum.*

Gallus Aquilius sic posse institui postumos nepotes induxit, *si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit heredes sunto.*

SUMMARIA.

1. *Summa totius legis* et seq.
2. *Quid caverit Cajus Aquilius, et quid. Lex Velleja.*
3. *Dubitandi ratio, ejusque solutio a Veteribus interpretibus excogitata et* n. seq.
4. *Eadem a Donello refutata, et* L. a fratris penult. D. de legat, 1. et §. postumus 28. Inst. de Legat. ibid. *exposita.*
5. *Pressior veterum confutatio.*
6. *Alia superioris dubitationis solutio hic ab auctore proposita, et quæ.*
7. *Quinam sint postumi, quos institui posse Gallus induxit.*
8. *Et quatenus illi possint institui.*
9. *Quomodo idem Gallus potuit hoc inducere.*
10. *Verbum* induxit, *quo sensu accipiendum.*
11. *Quæ hic verbi* institui *significatio.*

1 Proponitur hac † lege sententia Galli
Aquilii, item legis Vellejæ: quorum utrumque, est de nepotibus nondum natis instituendis, quos pater præcedit: utroque id agitur, ut instituere liceat, sub hac conditione: si pater vivo avo decesserit, idest, si nepotes
2 sui nascentur. Duo hæc † ita distinguuntur:
Gallus Aquilius de nepotibus tantum postumus cavit, idest, qui post mortem avi nascentur: relicti erant, qui post testamentum nascantur vivo avo, ergo de his L. Velleja cautum est, §. *Et quid si tantum*, vers. *hi enim casus*. §. *nunc de lege*. in *pr.* litem *circa fin.* in vers. *denique*, *h. L.* De sententia Galli Aquilii Scævola initio tractat, quam interpretatur tantum; etiam de L. Velleja in §. *nunc de lege.*

Sententia Galli initio proponitur, simul quid ea sententia cautum sit. Est autem hæc propositio: Gallus induxit, sic posse postumos nepotes heredes institui, ut est in for-
mula. Hic quæritur: † frustra Gallus et Scæ- 3
vola laborarunt: nihil opus fuit hoc inducere de nepotibus, quia etiam antea institui potuerunt. Plus dicimus, Gallus non induxit nepotes posse institui, id enim inducitur, quod antea non fuit: antea institui potuisse argumentum est, quod si Gallus aliquid induxit: necesse est, aut nepotes ante institui non potuerint, aut non hoc modo, ut Gallus seri-

psit. Antea potuerunt. Sciendum, postumos duplices esse: alios suos; alienos quosdam. Alieni sunt, qui nati inter suos heredes futuri non sunt: sin, contra; §. *postumo*, §. *postumus, de legat.* Postumos alienos institui non potuisse, certum est ex §. 1. *Instit. de bon. poss.* Nepotes postumos alienos non induxit, nam non potuit; nec, si posset, fecit. Non potuit, quia cautio hæc non est lex, sed Galli sententia, §. *et bene.* At sententia est hominis privati affirmatio; lex, præceptum et jussus: sententia privata est; lex commune præceptum *L.* 1. *de legib.* Ergo cum jure institui non posset, Gallus contra facere non potuit. Nec si potuisset, voluit. Nam Gallus id induxit, postumos institui posse, qui sui nascerentur, §. *hi enim casus, et* §. *seq.* hoc item ex formula liquet. Nepotes ergo alienos institui posse non dicit: suos vero multo minus. Nam etsi de suis nepotibus Gallus cavit, tamen sui antea institui potuerunt. Ergo ipse hoc non induxit. Id probatur ex eo, quod postumi solum alieni excepti sunt: idest, solum hoc de alieno postumo scriptum est. Porro plura genera postumorum esse non possunt, ut
4 definitiones declarant. In hac difficultate † veteres dicunt, Gallum de postumis alienis induxisse: secundum quod recte dictum est, inductum esse ut instituantur, quoniam ante non poterant. Hanc sententiam satis diluimus. Probant id tribus ex locis. Primo ex *L. a fratris, pen. de legat.* 1. ibi dicitur: *obtinuit Galli sententia, nepotes postumos alienos legitimos nobis heredes fieri posse.* Respondeo nihil ille locus huc facit, quia hoc loco agitur de nepotibus instituendis; illic de legitimis heredibus scribitur. Legitimi heredes sunt, qui sine testamento heredes fiunt lege: Sic legitima tutela, sic legitimi heredes, qui ab intestato. Præterea hoc loco Gallus agit de nepotibus instituendis, qui sui nascentur: *L. pen.* agit de postumis penitus alienis, puta de fratris filio. Ergo necesse est fateri duas hasce sententias esse: quarum una est de nepotibus instituendis, idest nepotes institui posse solum, qui sui nascentur: altera de nepotibus legitimis heredibus, idest omnes etiam alienos legitimos heredes nobis fieri posse. Sententia Pauli obiter hæc est. Quæstio est, utrum a fratris postumo, idest filio qui post mortem patrui nascetur, fideicommissum relinqui possit a patruo: Duo impediebant, quæ Paulus removet. Primum quod postumo alieno legari non potuit §. *postumo, Instit. de legat,* ex quo colligitur ab eo quoque legari non posse. Nam ab eo relinquere possumus, cui aliquid relinquimus. *L. ab eo, C. de fideicomm.* Alterum impediebat, quod cum patruus a fratris postumo fideicommissum relinquit, tacite postumum heredem esse velle intelligitur, heredem legitimum; quia, cui nihil legamus, ab eo legare non possumus, aut fideicommittere, nisi eum heredem legitimum faciamus, *d. L. ab eo.* At postumum alienum legitimum heredem facere non possumus, quia instituere non possumus. Duo hæc ita removet Paulus. Legari postumo alieno non potest. Esto: at fideicommitti potest, et ideo ab eo fideicommissum relinqui, quia in legatis subtilitas juris spectatur: in fideicommissis voluntas sola servatur. Quod autem de heredibus faciendis dicitur, non recte colligitur: Postumi alieni institui non possunt, ergo legitimi heredes fieri non possunt. Contra obtinet, legitimos heredes fieri posse. Nam ideo postumum alienum instituere non possumus, quia judicium certum testantis esse debet; legitimi heredes fieri possunt alieni postumi, quia per rerum naturam certi sunt, cum nascentur. Lex autem solum jubet heredes esse, qui nascentur. Summa: nihil minus probari ex contraria L. quam postumos alienos institui heredes posse. Citatur et §. *postumus, Inst. de legat. postumus alienus et antea institui potest, et nunc potest.* Sic argumentantur. Ante Gallum Aquilium non potuit; post Gallum Aquilium non probatur id inductum esse. Ergo necesse est a Gallo Aquilio inductum. Resp. Postumus alienus Jure civili non potuit institui, nec ante Gallum, nec post. Quod primum a Justiniano inductum est, Tit. *de bonor. possess. in pr. Instit.* Quod autem Justinianus scribit, antea potuisse sic intelligitur: videlicet, Jure Prætorio. Nam bonorum possessionem secundum tabulas petere potuit. Hic rursum objicitur: Non modo jure Prætorio potuit, sed etiam Civili, *d. t. de bon. possess. in pr.* ubi dicitur, induxisse se, ut postumus alienus institui possit, quasi nec jure Civili incognitus. Id sic interpretandum: Postumum jure Civili non fuisse incognitum, non quod certo institui posset, nam revera nunquam potuit; sed quod non sit incognitus, si quis jus recte interpretaretur, quod veteres non faciebant. Nam si quis recte attendat: postumus alienus, incerta persona non est. Cæterum aliud veteres existimabant, et ex ea sententia institui non potuit. Hoc probatur ex eo, quod primus Justinianus hæc constituit; ergo antea non potuit institui. Breviter † dicam, nec de postumo 5
alieno induxisse Gallum, neque de suo, quia is antea institui potuerit, ergo in hac re nihil induxisse. Restat si potuerunt institui antea,

hoc modo institui non potuerint, ut Gallus cavit. At ne hoc quidem verum est: nec in hac re quicquam Gallus induxit, si antea institui hoc modo non potuerunt. Modum hic intelligimus, aut ut non potuerint institui hac conditione, *si filius me vivo morietur*, aut non his verbis quæ Gallus concepit. Hac conditione antea maxime institui potuerant. Nam secundum hanc conditionem instituitur nepos, qui suus nascetur. Suos institui potuisse satis constat: ut his verbis institui possent, non induxit: nam quibuscunque verbis potuerunt. Præterea de verbis et formula Gallus non cavit. Stultum est, cum res quovis modo fieri potuerit, adstringere eam formulæ. Præterea hæc sententia Galli appellatur, §. *et bene*, *h. L.* At sententia non est nisi de re inter aliquos controversa. De verbis quæsitum non fuit. Postremo, ut intelligatur eum de verbis non cavisse, placet aliis quibuslibet verbis posse institui, etiam ex Galli sententia, §. 1. §. *quare non judex*, *h. L.* Ergo si alieni postumi institui non possunt, etiam ex Galli formula; si sui antea potuerunt quovis modo: si de verbis non cavit Gallus: is nihil omnino induxit. Aut si formulam commodiorem concipere voluisse dicimus, hoc totum inutile est, cum aliis verbis quibuslibet potuerint institui. Sic
6 dicendum †. Fatendum de alienis postumis
Gallum non cavisse, item suos antea institui potuisse, sed non ideo nihil induxit: Sui enim potuerunt institui, sed posse non putabantur a veteribus, ex eaque sententia instituti non potuerunt. Id ita colligitur: Sententia non est, nisi in re controversa. Ergo Gallus hoc sensit, quia alii contra sentiebant. Aut jure sentiebant, aut errore. Jure non sentiebant, alioqui Gallus contra non potuisset inducere. Hoc posito quærendum quid veteribus obstiterit, quominus putarent institui. Caussa hæc fuit. Constabat postumum alienum institui non potuisse; id ex Jure Civili sumptum esse Justinianus dicit: Jus civile utrum Legem XII. Tab. interpretamur, an vero interpretationem Prudentum? Theophilus L. XII. Tab. interpretatur. Sed fortasse non recte, quia lege XII. Tab. plenissima potestas erat heredes instituendi. *L. verbis*, *de verb. Signif.* Magis ergo est ut natum sit ex interpretatione prudentum. Nam veteres L. XII. Tabularum sic acceperant; ut quisque legare posset, si certo judicio legaret. Hinc jus est, incertas personas institui non posse. Ulp. *in fragm. Tit. de Hered. instituend.* Colligitur hoc modo: ex Justiniano incertæ personæ legari non potuit. §. *incertæ*, *de Legat.* Cum incertis personis non fuit testamenti factio, alioqui recte legaretur, §. *legari*, *de Legat.* Si cum incertis non est testamenti factio, ne heredes quidem institui possunt. *L. alienum*, §. 1. *de Hered. instit.* Certum ergo incertas personas institui non posse. Et hæc est caussa, cur postumus alienus institui non potuerit, quia incerta persona est, quæ in rerum natura non est. *d.* §. *incertæ*, §. *postumo quoque*, *Institut. de legat.* Hæc ratio quibusdam displicet, quia si hæc caussa est, cur postumus alienus institui non possit, eadem de caussa nec suus postumus poterit. Respondeo: non recte colligitur. Nam jus generale est, universas incertas personas institui non posse, idque tam ad suos quam alienos pertinere. Sed hic *sui* excepti sunt. Placuit enim omnes *suos* heredes hereditatem tenere ab intestato, nisi aut instituti aut exheredati sint. *L. in suis*, *de lib. et postum.* Hoc posito, consequens esse videtur ut nepos postumus institui non possit, quem pater antecedit, in quo error veterum fuit. Postumus alienus est, qui natus inter suos heredes futurus non sit. Inter suos heredes, idest, in suis heredibus, in numero suorum. Porro non est in numero suorum nepos, quem pater antecedit; is enim suus est, quem nemo antecedit, §. *sui*, *de Hered. qual.* Ex quo colligitur, postumum hunc institui non potuisse. Hunc scrupulum Gallus Aquilius exemit: falsus est, si quis tempus testamenti spectaret, hunc postumum, quem pater antecedit, alienum fore, et ideo institui non posse, in hunc casum, quo pater antecederet. Sed si pater ejus moreretur, antequam postumus nascatur, et in hunc casum instituatur: nihil instituetur, nisi suus. Ideo ex jure Civili recte in hanc conditionem instituetur: in quam rem formulam concepit, quæ hanc conditionem habet. Hæc sententia post obtinuit pro jure certo. Itaque postea jus
antiquum appellata est. In formula hæc † 7
animadvertenda sunt: primum quos Gallus induxerit institui posse. Hi sunt nepotes postumi, idest, qui post mortem avi testantis nascentur, sed quos pater antecedit, dum avus testamentum facit. Itaque hi omnes, sed qui in decem mensibus, quo filius morietur, nati erunt. Cur hoc? quia ex L. XII. Tab. qui undecimo mense nascitur, legitimus non est. Summus finis nascendi decem menses *L.* 3. §. *ultimo de Suis et legit.* Gellius *Lib.* 3.
Capit. 16. Non possunt institui † sui princi- 8
paliter, sed sub conditione duntaxat. Ea est, *si filius me vivo morietur*. Cur hæc adjicitur? Non ob aliud, quam quod si filius semper viveret, nepos institui non posset. Alioqui si in omnem eventum institui posset, stulte

Gallus hanc conditionem adjecit: sed providit ne alienus institui videretur. Hac enim conditione fit, ut nepos suus nascatur. Suus enim est, cujus pater vivente avo decessit §. *sui, de Hered. qualit.* §. *ita demum, de Hereditat. quæ ab intest.*

9 Mirabitur quis, cum † Gallus fuerit civis privatus, quid potuerit inducere? Respondeo: fuit IC. cujus eum in ravendo populo Romano summa industria fuit, tum præcipua auctoritas, ut quæ ab illo cauta essent, pro jure publico reciperentur. Cic. *in orat. pro Cecinna.* Hæc auctoritas ita intelligitur, si proponemus ea quæ ab illo cauta et recepta sunt. Is primus doli mali protulit actionem et formulam. Invenit etiam ut omnes obligationes per acceptilationem tolli possint, cum prius in stipulationem, quæ ab Aquiliana dicitur, fuerint deductæ §. *per acceptilationem. Quib. mod. toll. oblig.* Fecit etiam postumos alienos legitimos heredes institui *L. prin. de legat.* 1. Fecit etiam ut valeret institutio, siquis ex ea certa instituitur *L. si ita quis heres, de hered. instit.* Ejusdem est hæc præsens formula.

10 *Induxit † posse.*) ideo induxit, quia ante non poterant, non quia lege non poterant, sed quia hæc sententia invaluerat, ut non viderentur posse, tanquam alieni postumi, quos videlicet pater præcedebat. Non autem jus novum fecit, sed hoc modo ex lege fieri interpretans, ut ipse præscribit. Rationem autem novam induxit. Nam veteres putabant tempus testamenti faciendi spectandum; quo tempore verum est, postumum alienum heredem futurum. Gallus docuit, spectandum tempus quo nascatur. Dum ergo eo tempore suus nascatur, legi satisfactum est. §. *nunc de lege Velleja.* Cur id tempus spectandum? quia non instituitur is qui nunc sit, sed qui postea futurus est. Ergo qualis sit, tunc demum spectandum est, cum in rerum natura esse coeperit.

Institui †) non recte institui dicere videtur. Nam nepotes substituuntur: prius enim filium institui oportet. §. *in omnibus, h. L.* Deinde instituitur nepos, si filius morietur: hæc autem nihil nisi substitutio est in locum filii deficientis. Præterea substitui nepotes dicuntur. *L. cum in testamento, de hered. instit. l. si mater.* §. *ult. de vulg. et pup. subst.* Respondeo: utrumque recte dicitur, nepotes substitui et institui, quia institutionis verbo etiam substitutio continetur, quoniam sub stituere est secundo gradu instituere. *L. si mulier.* §. *ult. de condit inst.* Scævola maluit dicere institui, quia non erat quæstio, utrum primo gradu an secundo institui possent, sed an simpliciter in totum institui. Receptum ergo est ut possent institui: quæsitum est quo gradu Et placet secundo. 11

Ad §. *Quidam.*

Quidam recte admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat: ut eo casu valeat qui ex verbis concipi possit.

SUMMARIA.

1. *Scævolæ verba nonnisi interpretationem, quam extensivam dicunt, continere.*
2. *Quatuor eam in rem animadverti a Scævola, et quæ.*
3. *An in formula Galli conditio,* si filius meus vivo me moriatur, *potuerit omitti, et quatenus.*

1 Ex hoc † §. *usque ad* §. *nunc de lege,* verba sunt Scævolæ, quibus continetur, non reprehensio formulæ Galli, ut magno peccato veteres dixerant: sed interpretatio et productio sententiæ Galli. §. *quare, et* §. *et pene, h. L.* interpretatio in hoc est: docet quid de verbis formulæ omitti possit, quid prætermissum suppleri et produci. In eo quatuor
2 † vult animadverti. Primo quod Gallus voluit nepotes institui sub conditione Secundo quod Gallus de nepotibus tantum cavit. Tertio quod Gallus conditionem concepit in casum mortis filii. Postremo, quod ut Institutio valeret, de filio nihil attigit. De primo, Gallus voluit nepotes sub conditione institui. Hæc † conditio omitti potest, ut eo casu 3 valeat Institutio, qui ex verbis concipi potest. At non potest institutio nepotis postumi valere, nisi adsit ea conditio: si filius prius decesserit, idest, suus esse desierit, ad hoc

ut postumus suus nascatur. Respondet Scævola: verum hoc; sed conditio hæc omissa intelligi potest, et concipi ex verbis: concipi, idest, mente et cogitatione concipi et intelligi. Quid cum hæc conditio prætermissa erit, quomodo potest intelligi? hoc modo, quia in formula reliqua hæc verba sunt: *decem mensibus, quibus filius moriatur*. Si filius moritur, necesse est mortuo, aut vivo avo moriatur. Mortuo non intelligitur, quia si mortuo avo moreretur, postumus institui non posset, quia suus non esset. Quo modo alter casus intelligi debet; si vivo avo moritur. Idem dicendum, si de morte alii nihil omnino dictum sit, ut, filius heres esto, quisquis mihi ex eo nascetur, heres esto; valebit institutio. §. *quare*. quia ut hæc institutio valeat, eundem casum concipi et intelligi oportet.

Ad §. *Idem credendum.*

Idem credendum est Gallum existimasse, et de pronepote, ut dicat testator, *si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos* etc. Sed et si vivo filio, mortuo jam nepote, cujus uxor prægnans esset, testamentum faceret, potest dicere, *si me vivo : filius decedat; tunc qui pronepos*, etc. Num si et filius, et nepos vivat, concipere, utrisque se vivo mortuis, tunc qui pronepos nasceretur? Quod similiter admittendum est ita sane, si prius nepos deinde filius decederet: ne successione testamentum rumperetur.

SUMMARIA.

1. *Galli sententiam ex interpretatione Scævolæ ad pronepotes et alios deinceps protendi.*
2. *Quid si dicat avus:* si filius et nepos vivo me morietur, tunc qui pronepos nascetur, heres esto; *an filio priore mortuo pronepotis institutio valeat.*

1 Gallus in formula superiore de nepote tantum cavit, an ergo † in nepote sententiam ejus tantum admittemus? Ait Scævola idem de pronepote et sequentibus intelligi debere, idest, et pronepotem institui posse; hac conditione; si præcedentem eum personæ vivo avo decesserint. Ut avus nepotem habens et pronepotem recte dicet, *si nepos me vivo morietur, pronepos heres esto*, item habens filium recte dicet, *si filius moriatur, pronepos heres esto*, item si filium et nepotem habeat, utroque præmortuo.

Monet in *vers. Nunc si*. si quis † filium, nepotem, pronepotem habet, recte ita dicet: *si filius et nepos me vivo morietur, tunc qui pronepos nascetur heres esto*. Hoc ita admittomus, si prius nepos decesserit, quam filius, quia si filius decedat, nepos in locum ejus filii succedit, et jura sui heredis nanciscitur: quæ res facit, ut testamentum rumpatur, §. *postumorum, de Exhered. liber*, §. *sciendum, inf. h. L.* Non potest autem institutio pronepotis valere, nisi testamentum valeat. Tertium sequitur in §. sequenti. 2

Ad §. Et quid.

Et quid, si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquæ, et ignis interditione peteretur? Quid, si nepos, ex quo pronepos instituéretur (ut ostendimus) emancipatus esset? Hi enim casus, et omnes, ex quibus suus heres post mortem, scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Vellejam. Sed ex sententia legis Vellejæ, et hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.

Quid si quis filium apud hostes habebat, testaretur? quare non induxit, ut si antea, quam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris, decederet: tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet. Nam hic casus ad legem Vellejam non pertinet. Melius ergo est ut in hujusmodi utilitate, præsertim post legem Vellajam, quæ et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur: ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque præteritus: atque etiam si generaliter, quicquid sibi liberorum natum erit post mortem: aut, quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur.

SUMMARIA.

1. *Galli sententiam ad eos etiam postumos nepotes pertinere qui aliis modis quam morte patris,* sui *nascuntur; modi illi qui sint, per tot.*

2. *Florentina lectio notata, et ex Haloandro emendata.*

1 Gallus voluit † nepotes postumos institui: sed hac conditione, si filius vivo avo morietur. Hæc conditione, id agit, ut postumus instituatur, qui suus nascetur. Nam is nepos suus nascitur, cujus pater in potestate avi esse desiit, quod præcipue contingit morte, §: *sui, de Hered. qualit.* Quod multis aliis modis contingit, ut filius in potestate avi esse desinat, ut si deportatus erit, si emancipatus, si ab hostibus captus erit, ibique decesserit. §. *cum autem*, §. *si ab hostibus*. §. *præterea, Quib. mod. jus. patr. potest.* Hæc cum ita sint, quærit Scævola, Cum Gallus unum casum mortis filii expresserit, utrum cæteri casus admittendi sunt, quibus eodem modo filius esse desinat in potestate, ut postumus, qui suus nascetur, institui possit. Sententia Scævolæ est omnes casus similes admittendos, ut si filius vivo me deportatus, emancipatus erit, si ab hostibus captus ibi decesserit; nepos ex eo, qui post mortem nascetur, heres esto. Item generaliter, quisquis ex filio nepos suus nascetur, heres esto, sive quodcunque nascetur. Admittendos esse hos casus probat Scævola, primo utilitate hujus sententiæ, deinde Legis Vellejæ exemplo. Utilitatem intelligit, quia hoc admittere necesse est, nisi velimus multis casibus rumpi testamentum. Exemplum legis Vellejæ, quia ea voluit omnes, qui vivo avo nascentur, institui posse, dummodo sui nascantur, nec distinguit quomodo. Recte colligitur: si hoc in iis recipiendum est, qui post testamentum nascuntur, par est in his recipi: qui mortuo avo nascentur; nam ratio nulla differentiæ reddi potest. Sed tertium argumentum fuit, quod satis esse debebat. Mors filii non aliud efficiet, nisi ut nepos postumus suus nascatur. Ergo quibuscunque aliis modis suus nascatur, idem jus erit. *L. non possunt, cum LL. sequent. de legib.*

Ait. *Et quid si tantum.* Quid si tantum testatur in mortis filii casum concipiat institutionem, quasi dicat, nonne manca erit formula Galli, id est, non multis casibus eventurum est, ut testamentum rumpatur? Subiicit, *quid enim si filius deportetur, quid si emancipetur?* quasi diceret, nonne his casibus futurum est, ut testamentum rumpatur. Et certe futurum. Nam iis casibus futurum est, ut nepos postumus suus nascatur, quando pater suus esse desinit. §. *sui de Hered. qual.* Quod si postumus suus nascitur, et præteritus est, testamentum rumpitur. §. *postumi, et seq. de Exhered. liber.* præteribitur autem, si is casibus institui non potest.

Versic. *hi enim casus*) Hoc vers. tacite respondet tacitæ obiectioni, quamvis cæteri casus ex sententia Galli non admittantur, non tamen ideo testamentum rumpi necesse est, dixerit quis. Nam si sententia Galli his casibus institui non potest, poterit tamen ex lege Velleja; sic testamentum non rumpitur. Sic respondet: Vere dixi, periculum rumpendi metui, si superiores casus non admittantur: quia hi casus deportationis et emancipationis ad L. Vellejam non pertinet: neque omnes quibus postumus post mortem avi suus nascitur. Nam lex Velleja loquitur de his, qui vivis nobis nascuntur.

Vers. *sed ex sententia.*) Respondet Scævola. Etsi cæteri casus, quibus filius suus esse desinit, vivo avo, prætermissi sunt in formula, tamen interpretatione admittendi sunt. Obiicitur. Ait Scævola, casus omissos a Gallo admittendos esse. Atqui est in *L. commodissime, h. t.* casum a testatore omissum pro omisso habendum. Fateor, si de verbis et voluntate testatoris ageretur, quod in unicum casum conceptum est, in alterum omissum videri. Sed hoc loco Scævola non voluntatem testatoris, sed sententiam Galli, quæ pro jure observatur, interpretatur: quarum interpretationum diversa longe ratio est. In voluntate privatorum nunquam a verbis recedimus, nisi manifesta res cogat; *L. non aliter, de legat.* 3. quia testator non constituit æquitatem; sed quod sibi videtur, sive æquum sit, sive iniquum: facit enim personarum aut bonorum caussa, quæ facit: quæ non vult ad alios pertinere. At lex omnis constituitur æquitas sanciendæ caussa, ut in omnes valeat, unde dicitur, ars æqui et boni. *L. 1. in princ. D. de Instit. et jur. L. 1. de legib.* At hoc æquum est, ut in quibus caussis legis ratio est, lex aptetur. *L. illud. D. ad L. Aquil.* Hinc fit ut lex cognita ex sententia ad casus omnes similes producatur. *L. non possunt. D. de legib.* sed ambigitur an de Galli sententia Scævola loquatur. Hoc planum fit ex §. *quare*, qui sequitur, et §. *bene.*

Quid si qui.) Sententia est, quemadmodum nepos institui potest, si filius vivo me deportetur; ita recipiendum est, ut possit hoc casu, si filius vivo me captus erit, et sibi decesserit: quia eodem modo in potestate esse desinit. Sed in hoc casu nonnulla dubitatio est. Quid si filius captus post mortem meam decederet? ait nihilominus nepotem recte institutum. Adversatur formula Galli quæ voluit filium vivo me mori. Respondeo: non ideo adversatur. Nam sic est L. Cornelia; qui apud hostes decesserit, videtur tunc decessisse, cum captus est: at filius vivo captus patre est. *L. lex Cornelia. de vulg. L. pater. §. ult. et L. seq. de capt. et postlim.*

Post mortem scilicet.) Sic ✝ legitur in 2
Florentinis Pandectis: *post mortem scilicet avi nasceretur.* Mendo manifesto nam si hoc modo legimus, oratio contraria dicit. Nam nepos nascitur illis vivis, id est, patre suo et avo. Et idem dicitur nasci post mortem; quæ sunt contraria. Deinde hæc particula, *vel*, disiunctiva est, et separatas res ponit. Ergo cum prius Scævola nepotem nominarit, deinde subiiciat, *vel*, aliquem tertium intelligat necesse est. Recte Haloander locum restituit. *Post mortem scilicet qui nasceretur.* Est q. pro a. Secundum hanc lectionem sensus est. Quare non induxere, supple, *veteres*, ut hoc casu quem subjicit, nepos: vel etiam adhuc illis, nempe filio et nepote vivis, supple, *apud hostes*, qui nasceretur, supple, *ex illis* (is autem est pronepos,) nasceretur post mortem, supple, *testatoris*: his non rumperet, id est, recte institueretur, ne rumperet. Hoc loco de hoc verbo notat Scævola, hæc verba, *non rumpere*, passim in hoc capite sumi, pro *recte institui.* In §. *si ejus* ait: *posset quis nepos ex alterutro jure non rumpere*, id est, recte institui, ne rumpatur. In §. *nunc de lege*, ait: *lex voluit vivis nobis natos non rumpere*, id est, recte institui, ne rumpant. In *vers. seq.* ait: lex multos casus rumpendi abstulit, id est, fecit ut multis casibus institui nepos posset. Hoc ideo usurpat, quia consequens est, si postumus recte instituitur ne rumpat: et contra, si non recte instituitur, ut rumpatur. Itaque alterum pro altero posuit.

Ad §. *Si ejus, qui.*

Si ejus, qui filium habeat, et nepotem ex eo instituat, nurus prægnans ab hostibus capta sit, ibique vivo pariat, mox ille post mortem patris, atque avi redeat: utrum hic casus ad legem Vellejam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit: possitque, vel ex jure antiquo, vel ex lege Velleja institutus non rumpere? Quod quærendum est, si jam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpatur: nihil refert, utrum ex jure antiquo, an ex lege Velleja excludatur.

SUMMARIA.

1. *Transitio, et rerum nexus.*
2. *Utrum nepos institui possit, dubitandi, ratio; Facti species*, et n. seq.
3. *In quo præcipue quæstio consistat.*
4. *Satis esse ut nepos aut ex jure antiquo aut ex L. Velleja recte sit institutus.*
5. Jus antiquum *quid sit hoc loco.*
6. *Quomodo Aquilius Gallus dicitur induxisse jus antiquum.*

Scævola duas quæstiones interiicit ex hac
1 occasione. Effectum est † non solum nepotes postumos institui posse, sed etiam descendentes omnes, eosque semper institui posse, ne rumpant, idest, posse institui in omnem casum, quo sui nascuntur. In hoc genere de duabus speciebus dubitatur quæ subiiciuntur. In his dubitatur, utrum nepos, proneposve recte instituatur, necne. Prior in
2 *hoc.* §. proponitur. Quæritur † an nepos institui possit, ideo quia dubitatur, utrum institui possit ex sententia Galli, an ex lege Velleja. Species est: Qui filium habebat, et nurum prægnantem, testamentum ita fecit: filium instituit, et præterea, si quis ex filio nasceretur suus. Accedit ut nurus ab hostibus capta esset: ibi vivo avo peperit nepotem: deinde patre nepotis mortuo, secundo loco avo, nepos ab hostibus rediit: ex quo intelligitur, suum esse cœpisse, postquam pater ejus vivo avo decessit. Quæstio, utrum hic nepos ex lege Velleja institutus sit, an
3 jure antiquo? Quæstio in eo. † utrum hic nepos vivo avo natus sit, an mortuo. Nam si vivo natus est, pertinet ad legem Vellejam. Nec obstat quod fuit in hostium potestate nam postquam rediit, habetur, quasi captus nunquam esset. Si vero mortuo avo natus est, pertinet ad jus antiquum. Dicet quis: atqui secundum eo quæ proposuimus, quæstio tollitur: proposuimus enim vivo avo natum. Sic est, si veritatem naturæ spectemus: sed alio nos ratio juris civilis ducit, unde ambigendi caussa. Si veritatem spectemus, natus est vivo avo; si rationem juris, natus est mortuo. Nam antequam rediret, ab hostibus servus hostium fuit, at servitus mortalitas, comparatur. *L. servitutem. L. quod attinet, de regul. juris.* Unde fit eum tunc primum
natum esse, cum rediit. Respondet † Scævo- 4
la: Satis est quod constet nepotum hunc alterutro jure recte institutum. *Nihil ergo refert, utrum ex jure antiquo, an lege Velleja excludatur.* Satis enim est, si alterutro jure admittitur. Dixit, *excludatur:* cum quæstio esset, utrum admitteretur. Verum alterum ex altero intelligitur: nam si una jure excluditur; admittitur altera. Observandum,
† quod *antiquum jus* dicat: sententiam an- 5
tiquam Galli Aquilii intelligit. Hoc ita colligitur: de nepote instituendo Scævola loquitur, si instituti potest, necesse ert aut ex sententia Galli, aut lege Velleja instituatur. Ergo lege Velleja exclusa sententia Galli intelligitur. Jus antiquum nominat, quia lex XII. Tabul. inducitur a Gallo: quæ jus vetus *nominatur*, *L.* 1. *de petit. heredit.* Inducitur enim hoc jus, ut sui nepotes instituti possint; quod jus est legis
XII. Tabul. Quæro † si sententia Aquilii 6
jus antiquum est, quare dicitur id jus induxisse. Quia quod antea in usu non fuit, in usum introduxit: obstit enim veterum sententia.

Ad §. *Forsitan.*

Forsitan addubitet quis; an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque vivo patre, deinde avo, nascatur: an non potuerit heres iustitui, quia pater ipsius non recte institutus esset? Quod minime est expavescendum: hic enim suus heres, et post mortem nascitur. Ergo et si pronepos admittetur: qui natus est ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur.

SUMMARIA.

1. *Florentina lectio notatur, eademque emendatur.*
2. *Quæ hujus §. species.*
3. *Inde excitata quæstio, utrum pronepos institui potuerit in proposita specie, quæ dubitandi ratio.*
4. *Pronepotem recte institui, licet ejus pater non potuerit institui. Hoc quale sit exponitur.*
5. *Altera notatio florentina lectionis.*
6. *Pronepotem et vivo proavo natum ad ejus hereditatem vocari ex L. Velleja et quatenus.*
7. *Expanuntur illa*, atque si ex eo natos esset, adoptatur.
8. *Summa rerum.*

Altera species hoc §. proponitur, in qua dubitatur, an pronepos institui potoerit. Proponitur a Scævola, eum dicit: *an istis casibus*; Intelligit autem præcedentes, in quibus posuit non solum nepotem postumum institui posse, sed etiam pronepotem: sive nepos eum antecedat, sive filius, sive uterque. Quod ab illo positum est revocatur in quæstionem in specie proposita. De verbis
1 † hujus §. monendi sumus locum corruptissime legi in Pandectis Florentinis, ut ostendit Lælius Taurellus, qui lectionem hanc secotus misere conflictator. Sic scriptum est, *an istis casibus* legendum, *in istis casibus* item *concipiatur isque*. Si ita legimus, non possumus subaudire in verbo *concipiatur*, nisi is qui præcedit, nempe nepos. At Scævola prius dixerat hunc nepotem natum. Hæc absurde dicuntur, natum nepotem, deinde conceptum legendum, *concipiatur is qui*. Seosus, concipiatur ex nepote is qui nascetur, nempe pronepos. Item *is qui vivo patre deinde avo*. Hæc lectio ipsa se oppugnat. Nam secondum hæc verba intelligitur prius pater nepotis vixisse, deinde avus postea vixisse, quod contra naturum est, ut pater nepotis prius vivat, quam avus. Avus præcedit etiam: præterea in vita successio non est, sed in morte, id est, alius alio prius mori potest. Legendum ergo necessario ut in aliis libris: *concipiatur is qui mortuo patre, deinde avo nascatur*, id est, nascatur mortuo patre suo, eodemque nepote testatoris; deinde avo suo eodemque filio testatoris: quod eo pertinet, ut intelligatur pronepos suus natus esse, quem videlicet nemo præcessit cum natus est. Species † ergo est. 2
Is qui filium habebat, multo ante tempore, quam moreretur, testamentum facit, in quo filium heredem scripsit, deinde propter spem cæterorum instituit, si quis sibi nasceretur: et si quis pronepos ex utroque sexus nasceretur, eum quoque heredem instituituit. Is post testamentum nepotem ex filio suscepit, qui nepos natus est vivo patre suo: nepos deinde uxorem duxit: ex ejus uxore pronepos conceptus. Cum postumus pronepos in utero est, pater hujus pronepotis decessit, itemque nepos testatoris. Secundo loco decessit avus hujus pronepotis, item filius testatoris. Tertio loco testator, id est, proavus: post mortem proavi pronepos natus est: qualis natos est? Suus; quia vivo testatore decesserunt pater ejus, et avus ejus: is autem suus est, quem nemo antecedit, quorum præcedentes personæ vivo testatore decesserunt.
Quæritur † hic, utrum pronepos restitui potuerit? Scævola dat rationem dubitandi, quia pater ipsius non recte institutus esset; cur id? id caussæ est; (quod a nullo hactenus intellectum puto) quia hic nepos natus est vivo patre suo: ergo non suus, quia 3

non est suus quem pater antecedit. Rursum fingitur hic nepos decessisse ante patrem suum avum pronepotis. Ergo nunquam suus fuit, quem semper pater anteressit: si hoc ita est, institui non potuit. Si potuit institui, aut ex antiquo jure potuit, aut lege Velleja: ex antiquo jure, id est, Galli sententia non potuit, quia vivo testatore natus est: Gallus postumis loquitur: nec ex lege Veleja, quia ex ea lege solum instituitur qui suus nascitur, aut qui in locum patris sui succedit, §. *nunc de lege.* Horum neutrum nepos fecit, Ergo in totum institui non potuit. Et hoc verissimum est, nec Scævola dubitabit. Ex eo consequi videtur. Si nepos pater pronepotis institui non potuit, pronepos non potuit, quia nepos pronepotem præcedit; si præcedens persona non potuit, nec sequens. Respondet
4 Scævola, quamvis † verum sit patrem pronepotis institui non potuisse, tamen id non est metuendum, quo minus pronepos instituatur recte: quia non recte colligitur: nepos institui non potuit: ergo nec pronepos; quia utriusque personæ diversa caussa est, proinde jus diversum. Nam nepos, pater pronepotis non potuit institui, quia suus esse non potuit. At pronepos recte instituetur contraria ratione, quia et suus nascitur et post mortem: quia præcedentes eum personæ vivo testatore decessisse proponuntur. Et post mortem, supple *testatoris.* Cur ita supplemus? Ex eo quod Scævola dicit se proponere hanc quæstionem in casibus superioribus: at in illis agit de his quæ ad jus antiquum pertinent.

5 Vers. *Etsi.*) Hic quoque versiculus † mendose in Florent. legitur *etsi adoptatur:* legendum. *Ergo et sic pronepos admittatur, qui natus erit ex nepote, atque si ex eo natus esset, adoptatur.* Sensus, ut nobis videtur: si pronepos post mortem proavi natus recte instituitur, quamvis nepos pater ejus institui non potuerit: et pronepos idem vivo proavo natus recte admittetur. Scævola dicit, *vivo filio*, videlicet testatoris, et cum *vivo filio* dicit, multo magis, vivo proavo. In priore specie ex jure antiquo admittitur, in posteriore ex *L.* Velleja. Si pronepos † ex jure antiquo admitti- 6
tur, admittetur etiam ex L. Velleja, vivo proavo, id est testatore natus. Supplendum, dummodo, ut in priore specie, pater pronepotis, idemque nepos; et avus pronepotis, item filius testatoris decesserint. Sic autem † pronepos 8
admittetur, *sic*, id est, perinde, atque, id est, ut admitteretur, si aliquis jam natus ex nepote esset adoptatus. Ratio comparationis: si quis extraneus institutus esset, deinde ex nepote esset adoptatus: mortuo nepote, et filio testatoris *recte* institutus esset, nec rumperet testamentum. *L. filio. §. ult. h. t.* Ergo et hic pronepos, qui non adoptatus, sed natus erit, et mortuis præcedentibus personis in eorum locum successerit. Hæc recte comparantur. Nam ut agnatione sui heredes fiunt, ita adoptione, §. *adoptivi, de Exhered. liber.* Si arrogatus recte institutus est, et qui nascitur recte instituetur. Ita in † hoc §. toto Scæ- 8
vola hoc agit. Comparat inter se pronepotem, qui post mortem testatoris nascitur, et pronepotem qui vivo proavo nascitur, et pronepotem qui adoptatur vivo proavo. De his omnibus una Scævola definitio est, omnes istos recte institui, neque obstare, quod dubitabatur, si pronepotem hunc nepos præcesserit, quamvis hic nepos institui non potuerit. Sic in summa nullum casum existere in quo postumi nepotes non possunt recte institui.

Ad §. *In omnibus.*

In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus. Nam frustra exheredabitur post mortem suam. Quod id non esse necessario in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat: et in nepote certe, et pronepote: quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus: quia possunt præteriri.

S U M M A R I A.

1. *Nepotem postumum cautione Aquiliana institutum minime admitti, nisi hujus pater, qui adhuc est in potestate, fuerit ex parte institutus* et n. 3.
2. *Non autem exheredatur.* et quars.
4. *Quid si idem testatoris filius tempore testamenti captus apud hostes etiam decesserit.*
5. *Quid in nepote aut pronepote, horum filiis institutis.*
6. *Summa rerum quæ in superioribus §§. sunt pertractata.*

1 Hoc loco ponit Scævola, † quod quarto
loco animadvertendum sit, id autem est.
Quod Gallus simpliciter posuit, nepotes in-
stitui posse ex supra dicta cautione: de filio
qui nepotem præcedit, nihil attigit: unde
quæritur, quid de eo statui debeat. Hoc re-
linqui videbatur sententiæ juris communis,
videlicet, hunc institui aut exheredari debere
alioqui testamentum ratum non esse. *L. pen.*
h. t. Quod ergo ne quis putaret ita esse, Scæ-
2 vola monet, filium, † qui nepotem præcedit,
exheredari non posse: quia post mortem
suam exheredari videbitur. Hic duo notanda.
Primo, si filius hic exheredetur, post mor-
tem suam exheredari. Id colligitur hoc modo:
quia ex sententia Galli nepos instituitur sub
hac conditione, si filius morietur. Porro ex
conditione institutionis exheredatio pendet;
quoniam prius quam institutio exitum ha-
beat, nihil in testamento scriptum valet. *L.*
1. *de vulg.* Ergo in exheredatione eadem
conditio intelligitur, ipse filius exheres esto,
si morietur, item in *L. si ita scriptum.* §.
ult. hoc tit. Alterum Scævola dicit, neminem
post mortem suam exheredari posse. Id ma-
nifestam rationem habet. Nam prius est ut
aliquis sit in rerum natura, quam heres aut
3 exheres esse possit. Cum filius † exheredari
non possit, utrum institui debet? Si filius est
qui præcedit et in potestate est institui de-
4 bet. Si ab † hostibus captus est ibique dece-
5 dat, institui non est necesse. Si nepotes †
fuerint, quod cum horum filii instituuntur,
nepotes instituere necesse non est; posse præ-
teriri. §. *sed non ita, de exhered. liberor.*
Hoc dictum Scævolæ accipiendum est de iis
nepotibus, quos filius non antecedit, cum
proavus testamentum facit; aut de iis quos
filius antecedit, sed ante filium decesserunt.
Quod si filius nepotes antecessit, deinde filius
ante decessit, nepotes in filii loco succederent
et successione rumperent testamentum, §.
nunc, si §. *videndum, h. L.* quare de his ne-
potibus hoc dictum accipi non potest. Sum-
ma † prædictorum hæc est: quatuor ani- 6
madverti a Scævola proponimus circa Galli
sententiam. Gallus nepotes postumos institui
vult sub conditione: ea prætermitti potest,
ut nihilominus intelligatur. §. *quidam.* Se-
cundo de nepotibus cavit: de pronepotibus et
cæteris idem intelligendum est, hos videli-
cet institui posse eadem conditione, si præ-
cedentes eos personæ vivo testatore suæ esse
desierint, §. *idem credendum, cum duob. seqq.*
Tertio conditionem concepit in casum mor-
tis filii: in hoc casu res non consistet; sed
admittendum est, quibuscunque casibus fi-
lius in potestate esse desierit, sive morte sive
capitis minutione, nepotem ex eo recte in-
stitui, ut suus nasci et institui intelligatur,
§. *ut quid si tantum.* Postremo de filio Gal-
lus nihil locutus est, cujus tamen institutio,
aut exheredatio præcedere debuit, ut insti-
tutio nepotis valeat, *L. pen. h. t.* de hoc
ita est ut modo diximus, filium institui de-
bere, exheredari non posse. Sequitur de lege
Velleja.

Ad ? §. *Nunc de lege.*

Nunc de lege Velleja videamus, quæ voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. Et videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo: si filium habeas, et nepotem nondum natum tantum ex eo heredem instituas: si filius decedat; mox vivo te nepos nascatur. Ex verbis dicendum est non rumpi testamentum: ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur, quo filius non sit: verum et si vivo patre nascatur. Quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici? cum satis sit observari id tempus, quo nascitur? Nam et si ita verba sunt, *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit etc. etiam si parente vivo nascatur.*

Sequenti parte succedentes in locum liberorum, non vult lex rumpere testamentum: et ita interpretandum est: ut et si filium, et nepotem, et pronepotem habeas: mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent. Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit: ac omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus. Nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat: sed et si supervixit patri, ac decedat: dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.

SUMMARIA.

1. *Rerum nexus.*
2. *Duo fuisse L. Velleja Capita.*
3. *Prioris Capitis restitutio, et compendiario expositio.*
4. *Ex Posteriore capite liberos et deinceps in suorum locum succedere cum sui esse desierint gradu proximiores.*
5. *Proinde Nepotes jam natos ex L. Velleja non posse impune præteriri.*
6. *Testamentum in quo institutus est nepos qui tum erat extraneus, non minus ex L. Velleja ratum fore, postquam suus esse cœperit.*
7. *Verba illa prioris L. Velleja capitis* qui ei suus heres futurus erit, *exponi in* §. et videtur: *eaque ad nasciturns dumtaxat pertinere, qui tamen et vivo patre sunt instituti.* et n. 8.
9. *Emendata Florent. lectio, et locus restitutus* §. Et videtur vers. rogo *h. L.*
10. *Removetur difficultas doctrinæ superius* n. 8. *propositæ contraria.*
11. *Ratio superioris doctrinæ, et argumentum a majori.*
12. *Sententio secundi L. Velleja capitis* §. sequentis *vers.* Et ita interpretandum *tradita illustratur.*
13. *Exponitur ex* §. sequenti *vers.* non solum, *et locus ille restitutus.*

1 Quod omissum † est sententia Galli, id lege Velleja confectum est. De nepotem qui nondum nati erant institutione, aut nondum sui, id antea deerat: Gallus de nepotibus tantum postumis induxit; de his qui post testamentum nascuntur, nihili. Unde fiebat,

ut quemadmodum ante, ita post cautionem Galli ne hi quidem institui possent. Probabile est a Gallo factum id eo consilio, quod si vivo avo postea nascerentur, fuit in ejus potestate testamentum mutare, et nepotem instituere. Sed multis modis accidere potest, ut testamentum mutare non liceat: Periculum item relinquitur, cui lege Velleja prospectum est: ut quemadmodum postumos instituere licuit, ita liceat, qui vivis nobis nascentur, quos ex tempore testamenti alius præcedebat: *Voluit*, inquit, *viris nobis natos*, videlicet nepotes, de quibus agitur, *testamentum non rumpere*, idest institui
2 posse et debere, ne rumpant. Legis † duo capita fuerunt, quod probatur ex *vers. videndum*, ubi nominatur posterius: quod non
3 est nisi in duobus. Prius † est: *qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit*, (hæc verba tantum relicta nobis sunt in *vers. nam etsi ita*, conjectura est ergo hæe verba supplenda esse) instituendi exheredandive potestatem habeto, ut *instituendi* referas ad illud, *omnis*. Ego malim verba ita restitui. Qui testamentum faciet, is omnem virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit, uti instituere aut exheredare eum nominatim volet, ita jus potestasque est. Sic leges veteres permittentes aliquid concipi solebant: intelligitur exemplo L. XII. Tab. in *L. verbis, de verb. significat. et L. 1. ad L. Falc.* Verba hæc prioris capitis fuisse intelligimus ex §. *illo, in h. L. vers. denique*. Nam Scævola dicit priore capite permitti institui eos, qui sui erunt, cum nascentur: ad hanc sententiam, verba a nobis restituta sunt. Quænam fuit occasio hujus capitis? quod nepotes nondum natos instituere non licuit, si patrem eos antecedebat, non magis quam eos, qui post mortem avi nascuntur. De postumis cautum erat sententia Galli; relinquebatur de his cavandum, qui vivo avo nascerentur.
4 Alterum † caput fuit, *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus, et cæteri in locum suorum heredes succedunto*; neque eo minus, si instituti exheredative erunt, testamentum ratum est. Priora verba diserte sunt in §. *videndum*. Ea verba, *neque eo minus*, intelligimus fuisse ex §. *ille*, vers. *denique*. Nam ibi dicitur, *lex posteriore capite, non permittit institui jam natos, sed si instituti sunt, vetat rumpi*, et vetat ne ob eam caussam testamentum minus ratum sit, in quod nepos succedit: Hoc caput intelligitur, separatim verbis enarratis.

Si quis ex suis heredibus.) idest, si quis ex his qui in potestate testatoris fuerunt, quos gradu nemo antecederet.

Suus esse desierit) idest, in potestate vivi testatoris esse desierit, ut nihil referat, quomodo in potestate esse desinat: morte, an capitis minutione, §. *postumorum, de exher. liber.*

Liberi ejus, et cæteri.) Cum de liberis lex loquatur, perspicuum est jam natos intelligi, idest, eos quos filius habuit nepotes, cum adhuc suus esset; quia non sunt liberi, qui non sunt in rerum natura. Inde veteres dixerunt, hoc caput ad jam natus pertinere.

In suorum heredum locum succedunto.) idest, eorum locum occupanto, et sui esse incipiunto. Quæritur †. quorsum hæc verba 5
legis? Respondeo verborum significatio alio pertinet, sed non ipsa res ahn refertur. Nam ex eo quod lex jubet nepotes *suos* fieri, intelligit eos præteriri impune non posse, et ita legem tacite jubere, ut instituantur aut exheredentur. Justinianus sic accipit in *d. §. postumorum, in vers. ne ergo*. In summa lex voluit his verbis, nepotes jam natos institui aut exheredari, cum parentes eorum decessissent: quia antea nepotes natos licebat præterire. §: *sed non ita, de Exhered. liber.*

Neque eo minus.) idest, quod † nepotes 6
in parentum suorum locum succedunt, non eo minus testamentum ratum sit, si forte antea instituti fuerint. Dubitabatur enim si nepos jam natus institutus esset, antequam suus heres avo esset, deinde postea suus esse inciperet: videri enim potuit inutilis esse præcedens institutio, quasi novum heres esse cœpisset, qui non esset institutus. Ideo lex cavit. Si antea quam nepos suus esse cœpisset, institutus foret, non eo minus institutionem valere, si postea suos esse cœperit, idest, successerit in locum patris: ex his verbis intelliguntur verba in §. *illo, vers. denique in fin.*

In vers. *Et videtur.*) Scævola † inter- 7
pretatur illa verba, *qui suus heres futurus erit*. Hic dubitatur, an generalia sint et tam pertineant ad jam natos, quam nascituros. Nam qui natus est, eum instituitur, quamvis pater præcedat, tamen post suos fieri potest, patre mortuo. Quæstio ergo, utrum verba ad utrosque pertineant. Scævola ait pertinere ad eos, qui nascentur sui, non autem jam natos. Ideo bene dixit *videtur*, quia verba aliud significant. Hoc colligit Scævola interpretatione voluntatis. Nam sequente capite agitur de jam natis, nun in priore. Deinde priore capite lex permittit

institui nepotes nondum natos non fuit necesse in jam natis id facere: solum enim postumi non poterant: ergo caput hoc ad natos non pertinet. Hinc quæritur, quæ vers. *et rogo*, sententia est: Si hoc caput non pertinet ad nepotes jam natos, quos pater
8 antecedit: utrum † non pertinebit etiam ad nepotem conceptum, quem pater antecedit, quia qui conceptus est, prope jam natus habetur. *l. qui in utero, de stat. homin.* Respondit Scævola: *ex verbis dicendum est*, hunc posse institui, qui suus nascetur, quamvis pater ejus vivat, cum instituitur. *Ex verbis*, dicit: quia verba hujus capitis non sunt hæc: qui suus esset, si nunc nasceretur: sed qui suus erit, cum nascitur. Ex quibus intelligitur satis esse, si nepos suus nascatur: sive institutus fuerit, cum pater ejus mortuus esset, sive cum viveret. Secun-
9 dum hæc † locus ita restituendus est. Legitur in Florentin. *et rogo*, in aliis, *quid ergo*: hoc rectius. Nam hæc locutio, *quid ergo* servit dubitationibus, quæ ex præcedentibus inferuntur, qualis est hæc: Item in Florent. legitur, *nondum natum tantum*, apparet legendum, *nondum natum tamen*: quia comparatio ducitur a nato ad eum qui conceptus est, nondum natus tamen: in quibus par caussa esse videbatur. Deinde dicit *si nepos*, delenda sunt verba, *qui et nascatur*: locus ita legendus, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur, quo filius non sit; verum et si vivo patre.

10 Vers. *quid enim.*) Respondet † tacitæ objectioni. Non potuit nepos nondum natus institui quem pater antecedit, cum instituitur, quia hic nepos si nascatur, alienus est, ex definitione alieni postumi. *§. postumo, de Legat.* Respondet Scævola. Sic alienus est, si tempus spectemus, cum instituitur: quid autem necesse est, id tempus spectari cum satis sit tempus, cum nascitur, observari.

Vers. *Nam etsi.*) Legendus est uno tenore usque ad verba, *Et ita interpretandum.* Est
11 autem † sententia: nondum natum, cujus pater vivit, recte institui posse probat hoc argumento: Etsi verba prioris capitis ita sunt ut sequitur, ex quibus intelligi potest id ita esse ut diximus: tamen si quis dubitat adhuc, sequenti capite dubitatio tollitur. Nam in sequenti capite etiamsi nepotes parente vivo nascantur, tamen lex vult eos recte institui, quamvis in parentum suorum locum succedant: argumentum est ex majori. Si jam natos instituere licet, quos pater antecessit, multo magis nondum natos licebit, qui sui nascuntur. Nam qui sui nascuntur, nunquam fuerunt nisi sui, qui nati fuerant vivo patre, aliquando fuerunt non sui, hi possunt institui, multo ergo magis alii.

Et ita interpretandum) His verbis † in- 12
terpretatur Scævola verba secundi capitis; *liberi ejus, et cætera* ad hanc sententiam. Cum suus heres suus esse desierit, non solum liberi proximi in ejus locum succedunt, sed proximis deinceps remotis, inferiores succedent, et ita in infinitum suo ordine. Hoc docet exemplo: aliquis filium habet, nepotem, pronepotem. Non solum filio remoto, nepos succedit in locum, sed utroque remoto, pronepos in eorum locum succedit. Legendum ergo, *mortuis utrisque, pro mortuis utique.*

Et bene.) Hæc verba per parenthesin interposita sunt. Obiter verba legis expendenda sunt, *qui suus heres esse desierit*: quæ verba pertinent ad omnes casus, quibus suus heres desinere potest, et ideo nihil supplendum est, ut in Galli sententia diximus.

Non solum.) Redit † ad illud quod pro- 13
xime de pronepote posuerat. Sensus est: et filio et nepote mortuo pronepos in eorum locum succadit. Idne perpetuo verum est, sive prius filius moriatur, sive nepos? Ait nihil interesse utrum prius mortuus fuerit, dummodo si filius præmoriatur, nepos institutus aut exheredatus fuerit, ne videlicet successione rumpat testamentum. Est eadem dubitatio, quæ supra in *§. nunc si.* Locus quoque hic vitiosus est: legendum, *nec solum si nepos vivo patre decedat, succedens pronepos avo mortuo non rumpet, sed et si supervixit patri.*

In §. *Videndum num.*

Videndum, num hac posteriore parte. *Si quis ex suis heredibus. suus heres esse desierit: liberi ejus,* et cætera, *in locum suorum sui heredes succeduntio:* possit interpretatione induci, ut si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas: non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet. Nihil enim addidit quo significaret tempus: nisi quod (licet audenter) possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desjisse: licet post mortem decedat: quia nec redit, nec potest redire.

S U M M A R I A.

1. *An nepos ab avo institutus patre captivo, et post avi mortem decedente apud hostes, in locum patris succedendo, rumpat testamentum.*
2. *Quæ dubitandi ratio.*
3. *Scævolæ sententia.*
4. *Prior Scævolæ ratio ab ipso repudiata.*
5. *Altera Scævolæ ratio eaque vera.*

Dubitatur an nepos vivo avo natus recte
institutus sit, ut testamentum non rumpat.
Prior quæstio oritur ex posteriore capite le-
gis Vellejæ. Jubet lex eum, nepotem, cujus
pater esse *suus* desiit, in locum patris *suum*
heredem succedere. Quæritur ergo † quid
1 si pater habeat filium et ex eo nepotem, filium
et ex eo nepotem, filium autem apud hostes,
ibique filius post mortem avi decessit: quæro
utrum nepos recte institutus sit, ut succedens
in locum patris sui non rumpat avi testa-
mentum? Caussa † dubitandi ex verbis ca-
2 pitis posterioris, quibus lex jubet nepotem
succedere in locum filii, si filius suus heres
esse desierit. Hæc autem verba non possunt
intelligi nisi de eo filio, qui vivo avo suus
esse desinit. Nam nemo *suus* aliter desinere
potest. At filius post mortem avi decessit, ex
quo efficitur hunc nepotem ad hoc caput
3 non pertinere. Respondet Scævola † *videndum
esse, num possit induci,* ut hic nepos recte
instituatur: quod sic interpretamur, quasi
Scævola dicat: nobis videtur induci posse.
Sententia hæc nostra est, his verbis Scæ-
volam non ponere quæstionem, sed senten-
tiam suam proponere. Sic enim veteres solent,
cum de re aliqua dubitatur, modestius eam
sententiam suam proponere quasi dubitantes.
Probatur exemplis quæ a Duareno collecta
sunt *Lib.* 12. *Disput. C.* 11. Inter cætera
unum locum citabo in quo Cajus sententiam
suam eodem modo extulit, in *L. habere licere,
circa fin. de eviction.* Præterea Scævola sen-
tentiam suam affirmare intelligitur, quod
rationem statim subjicit, ratio autem subji-
citur sententiæ. Ergo ait † hunc nepotem
institui posse, institutum non rumpere, 4
quamvis in locum patris sui succedat. Ratio:
*nihil enim addidit quo tempus significare-
tur.* Sensus: lex simpliciter voluit nepotem
succedere, si filius suus esse desiisset, nec
distinxit, quo tempore suus esse desjisset,
utrum vivo adhuc avo, an mortuo. Ergo quo-
cunque tempore nepos successerit, testamen-
tum non rumpetur. Hanc rationem postea
Scævola repudiat tanquam falsam in vers.
nisi. Et merito. Nam lex quidem tempus
nominatim non distinguit, quo filius suus
esse desinet: sed hoc in ipsa intelligitur:
quia filius non desinit suus heres esse, nisi
vivo patre: §. *sui, de Hered. qualit.* quia si
moriente patre suus heres sit, statim existit
heres ipso jure *L. in suis et legit.* §. *sed sui,
de Hered. ab intest.* Heres autem qui semel
extitit, nunquam esse desinit, *L. aut prætor,*
§. *sed quod Papinianus, de Minor.* Subjicit
ergo † hanc rationem. Superior ratio esse
potuit, nisi malimus aliam, quæ vera est, 5
et ut ipse loquitur, *nisi possis dicere,* (*quod
licet audenter*) hunc nepotem vivo avo suc-

redere in locum filii, quia filius vivo avo suus esse dicatur. Objicitur: atqui filius in hac specie mortuo avo proponitur decessisse, ergo et mortuo avo suus heres esse desinit. Respondeo natura mortuo avo decessit, jure civili fingitur vivo avo decessisse, videlicet lege Cornelia testamentaria, ut qui ab hostibus captus est, si ibi decedat, videatur statim decessisse cum captus est *L. pater* §. *ult. et seq. L. de Captiv.*

In §. Ille casus in difficili est.

Ille casus in difficili est: si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore, quo nascatur: nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui jam natus erat. Denique et superiore capite: ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permitti: posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi: neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus: quod nullo jure potuit, qui nondum natus erat? Juliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. Quæremus tamen (cum recepta est Juliani sententia) an si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem. Quod magis probandum est, nam emancipatione suus heres fieri non potuit.

SUMMARIA.

1. *Species hujus* §. *et inde nata quæstio.*
2. *Hæc a Scævola disputata in utramque partem.*
3. *Nepos adhuc in utero ab avo institutus, mox vivo patre natus, eoque demum decedente* suus *factus minime ex Juliani I. C. sententia rumpit testamentum et quare.*
4. *Exponitur versic.* posteriore capite etc. *cujus eadem quæ est superiore num. indicata sententia.*
5. *Nepos ita ut proxime dictum est, institutus qui deinde ab avo emancipetur; hic idem heres erit non necessarius, et hoc quomodo ex L. Vellejæ posteriore capite consequens.*
6. *Quid novi hic constituerit Justinianus.*
7. *Omnes liberi etiam qui in potestate non sint aut instituendi sunt aut exheredandi; præteriti vitiant testamentum, licet dissimili modo.*
8. *Si sint emancipati; et hi quatenus.*
9. *Aut liberi a matre præteriti; hi autem quomodo.*
10. *Contrariis occurritur.*
11. *Summa juris constituti de liberis et parentibus instituendis, aut exheredandis*, et n. 12.

1 Quæstio † hujus speciei nascitur ex distinctione duorum capitum legis Vellejæ. Prius caput pertinet ad eos qui nascentur sui; posterius ad eos qui jam nati sunt, deinde vivo avo succedunt in locum patris. Hinc quæritur de hac specie: pater filium habet, et ex eo nepotem nondum natum: is nepos deinde nascitur, vivo patre suo, eodemque filio avi: post pater moritur, ita ut nepos solus primum locum teneat, deinde avus moritur: quæritur an nepos ita sit institutus, ut testamentum rumpat. Scævola rem † 2 disputat in alteram partem, probat hunc institui non potuisse, et ideo rumpere testamentum. Id ita colligitur: si nepos vivo avo natus institui potuit, necesse est ut potuerit alterutro capite legis Vellejæ, at neutro horum recte institutus est. Ex priori non est, quia priore capite institui tantum potest, qui suus nascetur, hic nepos vivo patre nascitur, ergo non suus. Ex posteriore non potest: nam eo capite non potest alius non rum-

pere, quam qui natus est, cum instituitur; hic nondum natus erat: ergo neutro capite institui potest, quare nec simpliciter: rumpeturque testamentum. Objicitur: at hic ante institutus est? Respondet Scævola tacite: non pertinet ad rem quod institutus est, nam ut non rumpat, præcedere debet ut utiliter sit institutus, quod hic non po-
3 tuit. Scævola ita † respondet de sententia Juliani. Hic nepos ex alterutro capite legis Vellejæ separatim institui non potest, sed commixtis capitibus recte instituetur. Commiscebuntur capita, ut quod uni deest, ex altero suppleatur, sic quasi tertium efficiatur. Prius caput ad eos pertinet, qui postea nascentur; et hic nepos postea natus est: hac ergo parte ad prius caput pertinebit. Posterius pertinet ad eos, qui vivo patre nati post in locum ejus successerunt: hic nepos idem fecit. Ergo hac parte ad secundum caput pertinebit, ut hoc caput efficiatur: Institui posse qui post nascentur nepotes, et mortuo patre suo in locum ejus succedent.

Nec posteriore.) in aliis exemplaribus, *nec posteriori alii; item aliis*, legendum apparet, *nec posteriore aliis succendo videtur rumpere.*

4 *Posteriore capite.*) Sensus, † lex Velleja posteriore capite non permittit institui jam natos, quia necesse non fuit: ante enim institui poterant, cum nihil tale prohiberet; sed vetat rumpi, idest, vetat testamentum rumpi ab his nepotibus, qui antea instituti in locum parentum suorum successerunt; et vetat ne ob eam caussam minus ratum sit quod agitur, vel testamentum, quod nepos succedit in sui parentis decedentis locum, id idcirco lex vetat; quia id futurum erat, nisi vetaret: non enim videtur institutus, qui tanquam extraneus institutus, postea suus heres esse cœpit, quasi novus heres esse cœperit.

5 *Vers. quæremus.*) Sententia † est Scævolæ. Nepos qui vivo patre natus est, sive ante testamentum natus est, sive post, ex Juliani sententia. Si institutus sit et emancipetur ab avo, non erit necessarius heres, sed sua sponte hereditatem adire poterit. Cur hoc additur? videtur nobis Scævola hic verbis interpretari verba posterioris capitis; *in locum suorum heredum, sui heredes succeduntο.* His enim efficitur, quoties filius suus esse desinit, nepotem locum ejus occupare, ex quo intelligitur, eundem nepotem necessarium heredem esse, et ideo heredem fieri vel invitum, non sua voluntate §. *sed sui, de Her. ab intest.* Hinc commode quæritur, cum verba legis hæc sint: quid si nepos interim emancipetur, an nepos ex verbis legis suus heres succedet et invitus existet? ait Scævola, verba legis hanc sententiam non habere, et in specie proposita nepotem suum heredem non futurum, sed sua voluntate hereditatem aditurum, quia emancipatione suus fieri non potest, idest, propter emancipationem, et quia suus non est, ne necessarius quidem erit. §. *pen. et ult. de Hered. qualit.* Summa: quod lex dicit, *si filius suus esse desierit, liberos ejus in locum ejus succedere*, tanquam suos heredes: hoc *tanquam suos*, sic accipi debet: nisi antea liberi emancipati fuerint: emancipatio, ne sui efficiantur, impedit.

Quoniam nepotes instituere aut exheredare necesse est, constitutum est ut possent institui, quamvis posse non putabantur, cum alieni postumi viderentur. Effectum hoc est auctoritate Galli, et lege Velleia: Gallus de postumis cavit: lex Velleia de his, qui vivis nobis nascuntur. Utroque inductum est ita institui licere, si sui nascerentur, idest, si parentes eorum sui esse desiissent vivo avo: ex qua conditione intelligitur non alios quam suos postumos institui posse etiam ex sententia Galli et lege Velleja. At nunc Justi-
niani † constitutione omnis iste labor sublatus est, *Tit. institut. de bonor. possession.* 6
Ea constitutione effectum est, ut non modo nepotes, qui sui nascentur, institui possint, sed etiam qui vivo patre nascentur, et quorum pater mortuo avo vivit.

Interim relinquitur liberos omnes non solum filios, sed etiam nepotes institui aut exheredari oportere, hac tamen conditione, si sui erunt, idest, si erunt in potestate morientis, et primum gradum tenebunt: quod si in potestate non sint, jure civili licuit hos impune præterire. *L. antepen. L. in suis, h. tit.* At multi liberi sunt qui non sunt in potestate testatoris, ut emancipati. §. *præterea, quib. mod. jus patr. potest.* Item qui ex emancipatis concepti sunt. §. *postumo de legat.* Postremo liberi in matris potestate non sunt, nec in eorum potestate, qui per matrem ascendunt: restat ergo de his quoque dicen-
dum. De his sic † jus est. Non minus reli- 7
qui liberi qui in potestate non sunt, instituendi aut exheredandi sunt: his præteritis inutile fiet testamentum; sed dissimiliter.
Emancipatis † præteritis, testamentum jure 8
civili valet, sed jure prætorio his datur bonorum possessio contra Tabulas. §. *emancipatos, de Exheredat. liber.* Bonorum possessione petita eodem modo res ad caussam intestati redigitur. *L. non putavit,* §. *ult. de bon. poss. cont. tab.* Utrum ipso jure testa-

mentum non valeat, an bonorum possessione petita rescindatur, hoc interest: quod fieri potest ut bonorum possessio non petatur, vel quod non possit, vel quod nolit filius. His autem exheredatis eadem querela inofficiosi datur, quæ suis heredibus: bonorum possessio non datur. *L. non putavit. in princ. L. si post, §. exheredatum, de bonor. possess.*
9 *contr. tab.* Quod attinet † ad liberos qui a matre præteriti sunt, exitus hic est, ut sive exheredati sint, sive in totum præteriti, testamentum jure civili valeat, nec edicto Prætoris infirmetur: quoniam Prætor bonorum possessionem dedit his solum, qui sui essent, si in potestate mansissent. *L. illud §. 1. de bonor. possession. contr. tabul.* Sed ut si exheredati essent a patre: ita his querela inofficiosi dabitur, cum generaliter liberis detur, *Titul. de inoff. testam. L. 1. 2. 3. de*
10 *Inoffic.* Sed hæc † res in quæstionem vocatur propter constitutionem novam Justiniani. *Authent. 115. §. ad hæc aliud. §. sive igitur.* ubi dicitur omnes liberos ex æquo instituendos aut exheredandos si contra factum erit, testamentum rescinditur: quibus verbis omnes liberi eodem jure habentur, idest, et sui et emancipati. Ex quo colligitur, si suis præteritis testamentum inutile est, inutile fore, emancipatis præteritis. Respondeo. Constitutio Justiniani sententiam superiorem mutare non debet. Nam omnia dicimus ei constitutioni convenientia. Justinianus id solum cavit, ne præteritio patris aut exheredatio liberis noceret. *§. sive igitur.* At filius bonorum possessionem petendo nullum præjudicium patitur. Præterea etiam Justinianus testamentum rescindi vult ex æquo; et hoc fit bonorum possessione contra Tabulas petita. Summa; dummodo liberis non noceatur præteritione parentis. Justinianum nihil curasse, quo modo testamentum rescinderetur: quare hoc ex vetere jure sumendum est.
11 *Virgilius in pr. tit. de inoff. test.* Summa † totius juris de liberis. De liberis quærimus instituendis aut exheredandis. Jus de omnibus unum est: qui modo primo gradu erunt hos institui aut exheredari debere: si præteriti sint, aut, sine caussa exheredati, testamentum inutile erit, aut post efficietur. Sed hæc distinctio est: Si sui præteriti sunt testamentum jam statim a principio inutile est; si emancipati præteriti sunt: jure civili valet testamentum, sed bonorum possessio contra tabulas eis datur, qui idem consequuntur; Si horum utrique exheredati erunt, una querela subsidio iis relinquitur, in qua vincunt, sive caussa exheredationis a Justiniano comprehensa non fuerit, sive adscripta non erit, sive ab heredibus scriptis non probabitur. Quod si liberi fuerunt, qui nec sui fuerunt, nec in potestate esse possunt: eodem jure tunc est præteritio patris et exheredatio. Itaque liberis querela de inofficioso datur. Sed quæcunque jure erunt, idem consequentur; hoc interierit, quod cum ab initio testamentum inutile est, nunquam scriptis heredibus locus esse potest. Cum autem a principio valet, sæpe contingere hoc potest, quia liberi non semper suis remediis utuntur. Post liberos † cura esse debet parentum. 12
Itaque parentibus præteritis testamentum valet, sed iis eadem querela dabitur, quæ liberis. *L. 1. 2. 3. de inoff. t. inst. de inoff. test.* In hac querela vincent parentes si aut caussa non fuerit exheredationis, ex his quas Justinianus complexus est, aut adscripta non erit, aut non probabitur ab herede, *d. Nov. 115. §. ad hæc quoque. 7. Sed hæc ita.* Si nec liberi nec parentes erunt: testator impune cæteros cognatos negligit, præterquam si fratres erunt, et turpes personæ erunt institutæ. Hoc enim casu querela inofficiosi fratribus datur. *§. 1. de inoffic. L. fratres. C. de inoffic.* In omnibus hoc notandum. Ex caussa præteritionis aut exheredationis rescissum testamentum, ad institutiones tantum non valere, cætera quæ relicta sunt, valere. ***Authent. ex caussa. C. de lib. præt.***

FINIS.

ELENCHUS TITULORUM

DIG. QUOS

DONELLUS COMMENTARIIS ILLUSTRAVIT,

ET QUI HOC VOLUMINE CONTINENTUR.

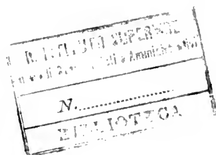
ELENCHUS CAPITUM ET RERUM,

QUÆ

IN COMMENTARIIS AD NONNULLUS SUPRA LAUDATOS,

D. TITULOS ORDINE AC METHODO PERTRACTANTUR.

Tit. De Ædilitio Edicto.


N.

ELENCHUS

EARUM LEGUM ET PARAGRAPHORUM

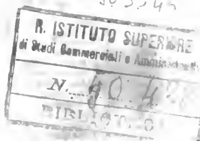
QUARUM SINGULÆ

SUIS IN HOC VOLUMINE

COMMENTARIIS ILLUSTRANTUR.

Ad Tit. D. de reb. cred. et si cert. pet. — Col. 20

Ad Tit. De in lit. jurand. — 894


R. ISTITUTO
N.